الأحكام البدلية في مسائل الأحوال الشخصية
نماذج دراسية فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010م

نبيل محمد المغايره *

ملخص

يتناول هذا البحث موضوع الأحكام البدلية في مسائل الأحوال الشخصية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني أنموذجا، ويهدف هذا البحث إلى بيان مفهوم الأحكام البدلية، وأنواعها المختلفة، وتطبيقاتها في فقه الأحوال الشخصية، مع بيان مدى أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد بها، كما يهدف إلى بيان الدور الوقائي، والعلاجي، والوظيفي للأحكام البدلية، وذلك من خلال مسائل الأحوال الشخصية.

وقد توصلت الدراسة إلى أنَّ هناك العديد من التطبيقات الفقهية للأحكام البدلية في مسائل الأحوال الشخصية، كما بيَّنت الدور الذي تقوم به الأحكام البدلية، ومدى أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد بها. كما أوصت الدراسة بمجموعة من التوصيات من أهمها: ضرورة أن يراعي القضاة الأحكام البدلية أثناء تطبيقهم للإجراءات القضائية، وأن يكون هذا التطبيق محققاً لمقاصد الشرع أولاً، ولمصلحة من لهم الحق في الانتقال إلى الأحكام البدلية ثانياً، وبما يحقق الدور الوقائي، والعلاجي، والوظيفي الذي تنهض به الأحكام البدلية.

الكلمات الدالة: الحكم الأصلي، الحكم البدلي، فقه الأحوال الشخصية، قانون الأحوال الشخصية الأردني.

المقدمـة

إنَّ الحمد لله، نحمده ونشكره، ونستعين به ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً، وأشهد أن لا إله إلاَّ الله وحده لا شريك له، وأشهد أنَّ محمداً عبده ورسوله النَّبي الأميُّ الأمين، صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وأصحابه أجمعين، الطيِّبين الطاهرين، ومن سار على نهجهم، واقتفى أثرهم بإحسان إلى يوم الدِّين، أمَّا بعد:-

فإنَّ الدارس للشريعة الإسلامية الخاتمة الكاملة يجد أنها نظمت علاقة الإنسان بربه من خلال منظومة العبادات، وعلاقته بغيره من الناس من خلال الأنظمة الإسلامية التي تنظم شؤون الحياة كافة؛ اجتماعية، واقتصادية، وسياسية وقضائية، وتربوية، ومن هذه العلاقات ما يسمى بأحكام الأسرة حيث تم رعايتها من حين إنشائها واستمرارها إلى حين انحلالها. وهذه الأحكام مبثوثة من خلال مصادر التشريع من كتاب الله، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وموارد الأحكام من كتب التفسير، والحديث، والفقه.

كما قامت القوانين المعاصرة برعاية منظومة الأحكام المتعلقة بالأسرة وصياغة هذه الأحكام الفقهية على شكل مواد قانونية ليسهل التعامل بها من قبل أصحاب الاختصاص من قضاة ومحامين تحت ما يسمى بقانون الأحوال الشخصية.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في محاولتها تغطية جانب هام من هذه الأحكام المتعلقة بالأسرة مما يسمى بالأحكام البدلية المبثوثة في مسائل الأحوال الشخصية، وذلك من خلال دراستها من الناحية الفقهية أولاً، ومقارنتها بقانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم (36) لعام 2010م ومدى أخذه بهذه الأحكام ثانياً.

ولذا ارتأيت دراسة الأحكام البدلية المبثوثة في فقه الأحوال الشخصية، لتحقيق هذه الغايات، وليتم مراعاة ذوي الاختصاص لها أثناء تطبيقهم لمسائل الأحوال الشخصية، حتى لا يكون التطبيق لها آلياً، وبعيداً عن روح التشريع ومقاصده من جهة، ولتتحقق مصالح من تطبق عليهم هذه الأحكام من جهة أخرى.

أما مشكلة البحث فتتمثل في عدم التفريق بين الأحكام الأصلية، والأحكام البدلية من قبل القضاة، والمحامين، وأنه ينبغي أن لا يصار إلى الأحكام البدلية إلا في حال عدم القدرة على الأحكام الأصلية.فجاء هذا البحث ليسلط الضوء على هذه

* كلية الشريعة، الجامعة الاردنية تاريخ استلام البحث 2011/10/25، وتاريخ قبوله 2013/1/27.

الأحكام من حيث معناها، والشروط التي ينبغي توافرها لتطبيقها واقعا.

أما أهداف البحث فيمكن أن نجملها بما يأتي:

1- بيان معنى الأحكام الأصلية والأحكام البدلية.

2- بيان الفرق بين الأحكام البدلية، والألفاظ ذات الصلة بها، كالعجز، والعذر.

3- عرض نماذج عملية وتطبيقات فقهية للأحكام الأصلية والبدلية، وبيان مدى أخذ القانون بها.

4- بيان الدور الوظيفي، والتطبيقي، والمقاصدي، الذي تنهض به الأحكام البدلية في مسائل الأحوال الشخصية.

أما الدراسات السابقة، فلم يعن الفقهاء السابقون بالأحكام البدلية بشكل مستقل، وإنما كانت معالجتهم لها بشكل جزئي، وذلك أثناء حديثهم عن الفروع الفقهية ذات الصلة به.

أما الفقهاء المعاصرون فلم ينل الموضوع ما يستحقه من العناية والاهتمام بشكل متكامل، ولم أجد دراسة قد تناولت الموضوع بمثل المنهجية والعرض الذي تناولته لهذا الموضوع.

لكن وجدت دراستين تناولتا الأحكام البدلية في موضوعات أخرى بشكل جزئي وموجز هما:

- بحث بعنوان:"**البدل مفهومه وتطبيقاته في مسائل العبادات والكفارات**". للباحثة: سحر عيسى الباز. وهي رسالة ماجستير قدمت في الجامعة الأردنية- كلية الشريعة، عام2009م، وقد كانت هذه الدراسة متخصصة في العبادات والكفارات ولم تعن ببقية أبواب الفقه كدراسة متكاملة للحكم البدلي.

- بحث بعنوان:" **قواعد الأصل والبدل وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي**". للباحث فادي عبد الفتاح الحن. وهي رسالة دكتوراه. قدمت في الجامعة الأردنية- كلية الشريعة، عام2009م، وهذه الدراسة عنيت بالقواعد الفقهية للأحكام البدلية وقد كانت دراسة متميزة في موضوعها حيث عالجت جانبا من جوانب الحكم البدلي، لذا لن نتناول القواعد الفقهية للأحكام البدلية في بحثنا هذا.

وبناء على ما تقدم فقد جاءت هذه الدراسة لتكمل النقص في الدراستين السابقتين وذلك من خلال محاولة التعريف الدقيق للأحكام البدلية ومن ثم الاستطراد بأنواع الأحكام البدلية، علاوة على بيان الأحكام البدلية في مسائل فقه الأحوال الشخصية، ومدى أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد بها.

أما خطة البحث فقد قسم البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: الحكم البدلي مفهومه والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الأول: مفهوم الحكم البدلي.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة

المبحث الثاني: أنواع الأحكام البدلية وتطبيقاتها في مسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: أنواع الحكم البدلي من حيث بقاء الحكم الأصلي أو عدم بقائه.

المطلب الثاني: أنواع الحكم البدلي من حيث استقراره بعد الشروع فيه أو عدم استقراره.

المطلب الثالث: أنواع الحكم البدلي من حيث طبيعة الحكم الأصلي.

المبحث الثالث: الأحكام البدلية في مسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: الأحكام البدلية المتعلقة بالخِطبة.

المطلب الثاني: الأحكام البدلية المتعلقة بعقد النكاح.

المطلب الثالث: الأحكام البدلية المتعلقة بحقوق الزوجية.

المطلب الرابع: الأحكام البدلية المتعلقة بالطلاق.

المطلب الخامس: الأحكام البدلية المتعلقة بحقوق الأبناء.

المطلب السادس: الأحكام البدلية المتعلقة بنفقة الأقارب.

أما الخاتمة فقد تناولت الدراسة أهم النتائج والتوصيات التي خرج بها الباحث، وقد تمَّ بيانها في خاتمة البحث.

هذا والله أسأل أن يكون عملي هذا متقبلاً عنده، وخالصا لوجهه الكريم، وأن يكون في ميزان حسناتي يوم الدِّين يوم لا ينفع مال ولا بنون إلاَّ من أتى الله بقلب سليم.

سبحانك اللهم وبحمدك، أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك

المبحث الأول

الحكم البدلي مفهومه والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الأول: مفهوم الحكم البدلي.

الحكم لغة: بمعنى القضاء والفصل لمنع العدوان، ومنه قوله تعالى (**إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ**). [النساء:105]

والحُكْمُ العِلمُ، والفقه، والقضاء بالعدل، وهو مصدر حَكَمَ يَحْكُمُ[1].

أما في الاصطلاح فعرف الأصوليون الحكم الشرعي بأنه:" خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً، أو تخييراً، أو وضعاً"[2].

هذا والمقصود من تعريف الأصوليين له إنَّما يتعلق

بالأحكام الشرعية الأصلية؛ وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين حال القدرة على القيام بها، أما حال عدم القدرة فإنَّ الشارع الحكيم ينقل المكلف إلى أحكام بدلية هي في مقدور المكلف أيضاً.

وأما البدل لغة: جمع أبدال،وأَبدَلْته بكَذَا إِبْدَالاً نَحَّيْت الأَوَّلَ وَجَعَلْت الثَّانِي مَكَانَهُ، وَبَدَّلْته تَبْدِيلاً بِمَعْنَى غَيَّرت صُورَتَهُ تَغْيِيراً. وبَدَلُ الشيءِ غَيْرُه. قال ابن سيده:" بِدْلُ الشيء وبَدَله وبَدِيله الخَلَف منه، والجمع أَبدال. والأَصل في التبديل تغيير الشيء عن حاله والأَصل في الإِبدال جعل شيء مكان شيء آخر".[3].

أما في الاصطلاح فلم يعن الفقهاء القدامى بتعريف البدل تعريفاً دقيقاً، جامعاً، مانعاً، لكن ورد من النصوص ما يدل على معناه عندهم.

من ذلك تعريف السرخسي البدل بقوله:" وقد علم أنَّ البدل إنما يجب عند عدم الأصل بما يجب به الأصل"[4].

وجاء في المحصول في بيان معنى البدل:" البدل: هو الذي يقوم مقام المبدل منه [الأصل] من كل الوجوه"[5].

وعرَّف الحنفية البدل فقالوا:" ما لا يصار إليه إلاَّ عند العجز عن الأصل"[6].

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف الأحكام البدلية بأنها: خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين حال عدم القدرة على القيام بالأحكام الشرعية الأصلية حكماً أو حقيقةً.

فالخطاب: هو الكلام المقصود منه إفهام من هو مهيأ للفهم. وإضافته إلى الله تعالى؛ لإخراج خطاب غير الله من الإنس، والجن، وغيرهم.

والمتعلق: أي المرتبط من باب تسمية الشيء بما يؤول إليه.

بأفعال: يشمل تصرفات المكلفين من الأقوال، والأعمال، والاعتقاد، والنيات، فيشمل أعمال القلوب، والجوارح.

فالفعل عام يشمل أفعال الجوارح؛ كوجوب النفقة، وأفعال اللسان؛ كالزواج، والتطليق، والفيئة للزوجة بالقول. وأفعال القلوب؛ كوجوب النية، والقصد.

المكلفون: جمع مكلف: وهو الإنسان البالغ العاقل الذي يفهم خطاب الشرع، ولم يَحُل دون تكليفه حائل. والقول بأفعال المكلفين: لإخراج الخطاب المتعلق بذات الله، وصفاته، وأفعاله. كما يخرج ذات الإنسان والحيوان والجماد والجن والملائكة.

و تعريف الأصوليين للحكم الشرعي إنما هو تعريف للأحكام الشرعية الأصلية؛ وهو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين حال القدرة على القيام بها، أما حال عدم القدرة فإن الشرع ينقل المكلف إلى أحكام شرعية بدلية هي في مقدور المكلف في ثاني الحال.

حقيقة: وهو عدم القدرة على الأحكام الشرعية الأصلية حسيًا أو بدنياً، كعدم القدرة على التطليق باللسان، أو عدم القدرة على الإنفاق على الزوجة، والأبناء.

أو حكماً؛ أي عدم القدرة على ذلك من جهة الشرع، كعدم قدرة الأم على الرضاع لمرضها، أو عدم قدرة الأب على الإنفاق على أبنائه لفقره.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة.

أولا:الحكم البدلي وعلاقته بالحكم الأصلي.

بيَّنا سابقا الحكم الشرعي وقلنا: إنَّه خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين طلباً، أو تخييراً، أو وضعاً. فهذا التعريف يتعلق بالأحكام الشرعية الأصلية وحال قدرة المكلف على القيام بها. فهذه الأحكام مطلوبة في حال القدرة عليها، وهي أصل الخطاب الشرعي؛ بمعنى أنَّ المكلف مُخاطَب بها ليؤدِّيها على الكمال؛ لأنها مراد الله أولاً.

أما الحكم البدلي فهو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين في ثاني الحال؛ أي في حال عدم القدرة على القيام بالفعل إما حقيقةً، أو حكماً.

وعليه، فلا يجوز للمكلف الانتقال إلى الأحكام البدلية إلاَّ حالَ عدم القدرة على القيام بالأحكام الشرعية الأصلية.

فمثلا الحكم الأصلي لكفارة الظهار العتق فإن لم يستطع أو لم يجد –كما هو الحال في زماننا– انتقل إلى البدل الأول وهو صيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع انتقل إلى البدل الثالث وهو الإطعام، وليس له أن ينتقل إلى الحكم البدلي إلاَّ إذا عجز عن الحكم الأصلي حقيقة بأن لم يقدر عليه أو حكما بأن لا يكون موجوداً عند التكفير.

وبناءً على ما تقدم يتبين لنا أنَّ الأحكام الشرعية الأصلية تكون مطلوبة من المكلف أولاً، وفي حال القدرة عليها، أما الأحكام الشرعية البدلية فتكون مطلوبة في حال عدم القدرة على الأحكام الأصلية حقيقةً، أو حكماً.

ثانيا: الحكم البدلي وعلاقته بالعجز.

العجز لغة:بمعنى عدم القدرة. يقال: عجز عن الشيءِ عَجْزاً وعَجَزاناً، ضعف ولم يقدر عليه. ويأتي بمعنى الضعف وفوات الشيء. والعَجَز: الدَّاء والمرض.ويجمع هذه المعاني فوات الشيء لضعف، أو عدم القدرة[7].

أما في الاصطلاح فعرفه ابن عابدين بأنه:"عدم الإمكان والتصور عادة"[8].

وعرَّفه القاضي عبد الوهاب المالكي بقوله:" ويحتمل أنَّ العجز على ظاهره عدم القدرة. وقيل هو ترك ما يجب فعله

والتسويف به وتأخيره عن وقته. ويحتمل العجز عن الطاعات. ويحتمل العموم في أمور الدين والدنيا"[9].

وهو عند المتكلمين:" صفة ثبوتية تمنع معها وقوع الفعل الممكن"[10].

وعرف الرافعي الشافعي العجز فقال:" ولا نعني بالعجز عدم الإمكان فقط. بل في معناه خوف الهلاك، أو الغرق، أو زيادة المرض، أو لخوف مشقة شديدة، أو دوران الرأس في حق راكب السفينة".[11]

فنلاحظ أنَّ هذا التعريف قد شمل العجز بنوعيه الحقيقي والحكمي، كما ذكر لنا بعضا من أسباب العجز كخوف الهلاك وزيادة المرض...الخ.

أما الحنابلة فقد عرف المطرز الحنبلي العجز بأنه:" أن لا يقدر على ما يريد. وقيل: هو الكسل والتواني"[12].

فالتعريف الأول يدل على أنَّ المكلف يريد القيام بالفعل أو التصرف المأمور به شرعاً، لكنه غير قادر على ذلك لسبب من أسباب العجز.

أما تعريف العجز بأنه الكسل والتواني، فهذا تعريف لا نوافقه عليه؛ لأنَّ العجز خلاف الكسل؛ ولأنَّ النبي صلى الله عليه وسلم قد فرق بينهما بقوله صلى الله عليه وسلم:" اللَّهم إني أعوذ بك من العجز والكسل..." الحديث[13].

أما الأصوليون فقد عرَّف العطار في حاشيته العجز بأنه:" صفة وجودية تقابل القدرة تقابل الضدين. لا تقابل العدم والملكة. وقيل: تقابل العدم والملكة فيكون [العجز] هو عدم القدرة عما من شأنه القدرة"[14].

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف العجز بأنه:" **أن لا يقدر المكلف على أداء التصرفات الشرعية المأمور بها، أو المنهي عنها، عزيمةً، مع توجه الإرادة –إن وجدت– للقيام بذلك**"[15].

مما تقدم يتبيَّن لنا أنَّ العجز من الأسباب التي تجعل المكلف غير قادر على القيام بالتصرفات الشرعية الأصلية، وبالتالي فإنَّ الشارع الحكيم أجاز له في حالات العجز ووجود أسبابه وشروطه الانتقال إلى الحكم البدلي الذي هو في مقدور المكلف في حال عجزه عن الحكم الشرعي الأصلي.

ثالثا: الحكم البدلي وعلاقته بالأعذار.

الأعذار لغة:جمع عذر. والعذر: الحجة التي يتعذر بها. وتعذر الأمر: شقَّ وتعسر[16].

وعليه، فالأعذار تطلق على الحجة، وعدم اللوم للمشقة والعسر.

أما في الاصطلاح فالعذر:"هو السبب المبيح للترخص"[17].

وعند الحنفية: الأعذار:"ما لا يكون من العباد"[18].

وقد عرَّف الشافعية العذر بأنه:" ما يتعذر على العبد المضي فيه على موجب الشرع، إلا بتحمل ضرر زائد"[19].

وعرَّف السيوطي العذر فقال:" هو ما يطرأ في حق المكلف فيمنع حرمة الفعل أو الترك الذي دل الدليل على حرمته، أو يمنع وجوب الفعل الذي دل الدليل على وجوبه"[20].

أما الحنابلة فعرَّفوا العذر بأنه:" ما يرفع اللوم ممَّا حقه أن يُلام عليه"[21].

مما تقدم يتبيَّن لنا أنَّ الأعذار هي نوع من المشاق المخففة والميسرة على المكلف مما توجبه الأحكام الشرعية الأصلية فمن هذه الأعذار ما يوجب الانتقال إلى أحكام بدلية، فهذه الأعذار أسباب للتخفيف والتيسير على المكلف ونقله من الأحكام الأصلية التي لا يقدر عليها إلى أحكام بدلية يقدر عليها.

غير أنَّ لهذه الأعذار أسباباً كثيرة، فبعضها يرتب أحكاماً بدلية وبعضها قد يكون مسقطاً للحكم الأصلي بالكلية دون نقل المكلف إلى حكم بدلي، وبعضها يوجب القيام بالحكم الأصلي مع وجود العذر، فليس كل الأعذار موجباً لأحكامٍ بدلية، وإنما يعود ذلك لطبيعة العذر ومدى أهمية القيام به في نظر الشرع.

المبحث الثاني
أنواع الأحكام البدلية وتطبيقاتها في مسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: أنواع الحكم البدلي من حيث بقاء الحكم الأصلي أو عدم بقائه.

قسَّم صاحب كشف الأسرار[22] الحكم البدلي من حيث بقاء المبدل منه (الحكم الأصلي) أو عدم بقائه إلى قسمين هما:

1- بدل المقابلة: وعرَّفه بأنه:" قيام المبدل كشرط لأداء البدل"[23].

ومن تطبيقاته:

- التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة عند القائلين به هو بدل مقابلة؛ أي مقابل الضرر الذي لحق بالمخطوبة بسبب العدول عن الخطبة.
- بدل الخلع: وهو أن تدفع الزوجة مالاً مقابل أن يفارقها الزوج
- يرى الفقهاء أن المهر هو بدل الاستمتاع بالمرأة، ولذا لا يجوز أن يخلو منه العقد. وهو بدل مقابلة. جاء في شرح التلويح:" بخلاف البدل في النكاح[أي المهر]، فإنه شرع إظهاراً لخطر المحل لا مقصوداً "[24].

وهذا القسم من الأبدال غير مقصود في بحثنا؛ لأنه مقابلة مال بمال كما في المعاوضات المحضة، كالثمن في البيع هو

بدلٌ مقابلٌ للمبيع[25]، أو مقابلة مال بشيء (معاوضة غير محضة)؛ كالخلع، والمهر، وإنَّما ذكرناه هنا للتفريق بينه وبين الحكم البدلي، والمسمى وفقا لهذا التقسيم ببدل الخَلَف.

2- **بدل الخَلَف أو الخلافة:** وهو اشتراط عدم الأصل ليقوم الخلف مقام الأصل[26].

بمعنى: أنه لا بد لوجود الحكم البدلي من اشتراط عدم وجود الحكم الأصلي.

ومن تطبيقاته:

- الاعتداد بالأشهر هو بدل خلف عن الاعتداد بالأقراء. فالأصل الاعتداد بالأقراء لكن في حال عدم الحيض؛ لصغر أو كبر سن تعتد المرأة بالأشهر بدلاً عن الاعتداد بالأقراء [27].
- إذا آلى الرجل من زوجته وكان قادرا على الجماع فلا يكون فيؤوه إلاَّ بالجماع؛ لأنّ حكم البدل إنما يعتبر عند العجز عن الأصل، والعجز عن الجماع تارة يكون ببعد المسافة وهو عجز حكمي، وتارة يكون بالمرض وهو عجز حقيقي. فإن عجز عن الأصل وهو الفيء بالجماع انتقل إلى البدل والمتمثل بالفيء باللسان[28].
- النكول عن اليمين هو بدل عن الإقرار [29]
- البيِّنة في التقاضي هي الأصل واليمين بدل عنها، ولهذا لم تشرع اليمين إلاَّ عند تعذر البيِّنة، يدل على ذلك أنه حال اجتماع البيِّنة واليمين وإمكان سماعهما، تسمع البيِّنة ويحكم بها، ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها[30].

وضابط بدل الخلف أنه إذا ثبتت القدرة على الأصل سقط حكم الخلف. كما هو ملاحظ من الأمثلة السابقة.

المطلب الثاني: أنواع الحكم البدلي من حيث استقراره بعد الشروع فيه أو عدم استقراره.

قسَّم الزركشي[31] البدل من حيث استقراره بعد الشروع فيه قسمين:

1- **بدل مقصود في نفسه ليس مراداً لغيره.** وهذا القسم يستقر بالشروع فيه حكم البدل فلا يرجع المكلف إلى الأصل.

ومن تطبيقاته:

- في كفارة الظهار: إذا دخل المكفر بالصوم لعدم القدرة على العتق، ثم أيسر أثناء الصوم، لم يجب عليه الخروج من الصوم إلى العتق؛ لأنه بدل لا يبطل بالقدرة على المبدل بعد الشروع فيه[32].
- إذا حكم القاضي بشهادة شهود الفرع، ثم ظهر شهود الأصل قبل استيفاء الحق، لم ينقض الحكم[33].
- لو أتلفت المخطوبة مثلياً، ولم تجد مثله، فأعطت القيمة، ثم وجد المثل، فهل للخاطب رد القيمة وطلب المثل؟ وجهان: أصحهما فيما يرى الشافعية: المنع؛ لانفصال الأمر بالبدل[34].

2- **بدل غير مقصود لذاته بل يراد لغيره.** وهذا القسم لا يستقر حكم البدل للمكلف بل عليه الرجوع إلى الأصل[35].

ومن تطبيقاته:

- المعتدة بالأشهر إذا رأت الحيض ثبتت القدرة على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل فيبطل حكم البدل[36]، ويلزمها الاعتداد بالأقراء.
- لو حضر شهود الأصل بعد شهادة شهود الفرع وقبل الحكم، امتنع القاضي من ترتيب الحكم على شهادة الفرع، قياسا على وجود الماء بعد التيمم وقبل أداء الصلاة[37].

المطلب الثالث: أنواع الحكم البدلي من حيث طبيعة الحكم الأصلي.

قسَّم الفقهاء الحكم البدلي بالنظر إلى طبيعة المبدل منه(الحكم الأصلي) إلى قسمين هما:

1- **بدل من جنس المبدل منه.**

ففي هذا القسم نقل الشارع الحكيم المكلف من الحكم الأصلي إلى حكم بدلي لكنه من جنس الحكم الأصلي.

جاء في حاشية الدسوقي:" ويشترط في البدل أن يكون من جنس المبدل منه لا من غيره من عين أو عَرَض. فإن كان من غير الجنس عينا منع للتفاضل المعنوي"[38].

ومن تطبيقاته:

- إجراء عقد النكاح بوسائل الاتصال الحديثة بدلاً عن التعاقد المباشر(في مجلس العقد) وهو بدل من جنس المبدل منه.
- رد المثلي بمثله؛ فهو بدلُ من جنسه، أما القيمة فهي بدل من غير جنس المبدل منه[39].

2- **بدل من غير جنس المبدل منه.**

ويقصد به نقل المكلف إلى بدل يختلف في طبيعته عن الحكم الأصلي.

ومن تطبيقاته:

- النكول عن الشهادة بدل عن الإقرار، وهو بمنزلة البدل[40].
- الفيء باللسان بدل عن الفيء بالجماع، وإن قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل حكم البدل[41].
- الأصل في الدعوى البيِّنة، واليمين بدل عنها، ولهذا لم تشرع إلاَّ عند تعذرها بدليل أنه عند اجتماعهما تسمع البيِّنة ويحكم بها، ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها[42].

المبحث الثالث

تطبيقات الأحكام البدلية في مسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: الأحكام البدلية المتعلقة بالخطبة.

هناك العديد من المسائل المتعلقة بالأحكام البدلية في الخطبة نذكر منها:

أولا: مسألة العدول عن الخطبة وحكم ما دفع أثناء الخطبة على حساب المهر.

بداية نقول:إنَّ المهر المقدم للمرأة قد يكون نقوداً أو متاعاً، والفقهاء[43] متفقون على وجوب رد جميع ما قدم من المهر حال العدول عن الخطبة وبالصورة التي قدم بها المهر نقداً كان أو متاعاً، فإن كان قد استهلك أو تلف فعلى المخطوبة بدله.

والعدول عن الخطبة هو رجوع عن الوعد لا العقد، فلم يجب البدل (المهر وهو بدل مقابلة) وبالتالي وجب على المخطوبة رد جميع ما دفع على حساب المهر إن كان قائماً، أو مثله –إن انتفعت به أو أتلفته– إن كان مثلياً، أو قيمته يوم قبضه إن لم يوجد مثله أو كان قيمياً.

وهذا ما ذكرته المادة (4) فقرة (ب) من قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد حيث جاء فيها:" إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو انتهت بالوفاة، فللخاطب أو ورثته الحق في استرداد ما دفع على حساب المهر من نقد أو عين إن كان قائما، أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه أو مثله".

كما جاء في نفس المادة فقره (ج) ما يلي:" إذا اشترت المخطوبة بما قبضته على حساب المهر أو ببعضه جهازاً، فلها الخيار بين إعادة ما قبضته أو تسليم ما اشترته من الجهاز كلاً أو بعضاً إذا كان العدول من الخاطب ويسقط حقها في الخيار إذا كان العدول منها"[44].

مما تقدم يتبيَّن لنا أنَّ المال المدفوع الأصل فيه حال العدول عن الخطبة رد عينه إن كان قائماً، فإن استهلك أو تلف فلا بد من رد بدله؛ أي مثله إن كان مثليا، أو قيمته يوم قبضه إن كان قيمياً في حال عدم قدرة المخطوبة على الإتيان بمثله، وهذا تطبيق لصورة من صور الأحكام البدلية في شرعنا الحنيف.

المسألة الثانية: حكم الهدايا المقدمة أثناء فترة الخِطبَة.

يقوم الخاطب في العادة بتقديم بعض الهدايا في المناسبات المختلفة، وذلك من باب التودد إليها، وإيجاد جوٍّ من الألفة والمودة بينهما. فهل يجب رد مثل هذه الهدايا في حال عدول الخاطب أو المخطوبة عن الخطبة؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: اعتبار الهدايا في الخطبة من الهبات وإجراء أحكام الهبات عليها، من اشتراط القبض، وجواز الرجوع فيها إن كانت قائمة وإلاَّ فلا رجوع، وهذا قول الحنفية[45].

وقد استدل الحنفية على ذلك بما يأتي:

1- حديث: "الواهب أحق بهبته ما لم يُثب منها"[46].

وجه الدلالة: أنَّ للواهب حق الرجوع في هبته إلا إذا كانت مقابل عوض، والعوض نوعان: عوض مشروط في عقد الهبة، وعوض متأخر عن عقد الهبة، وفي الخطبة الهدايا مقابل عوض متأخر عن عقد الهبة والمتمثل بترغيب الخاطب للمخطوبة بالزواج منه، فإذا انتهت الخطبة دون تحقيق هذا الغرض كان للواهب (الخاطب) حق الرجوع في هباته (الهدايا المقدمة للمخطوبة أثناء الخطبة)[47].

2- ولأنَّ العادة الظاهرة أنَّ الإنسان يهدي لمن فوقه ليصونه بجاهه، ولمن دونه ليخدمه، ولمن يساويه ليعوضه[48].

القول الثاني: التفريق بين الهبة المُطْلَقة، والهبة التي يقصد منها الثواب أو العوض. وضابط ذلك نية الواهب، فإن قصد الأجر من الله فلا رجوع فيها، وإن قصد ترغيب الخاطبة به فله الرجوع فيها، أو ببدلها إن تلفت، أو استهلكت. وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، وقول عند الحنابلة[49].

واستدل الجمهور على ذلك بما يأتي:

1- حديث ابن عباس، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «العائد في هبته، كالكلب يقيء، ثم يعود في قيئه»"[50].

2- للأثر الوارد عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه أنه قال:" مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ. فَإِنَّهُ لاَ يَرْجِعُ فِيهَا.وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً يُرَى أَنَّهُ إِنَّمَا أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ. يَرْجِعُ فِيهَا، إِذَا لَمْ يُرْضَ مِنْهَا"[51].

القول الثالث: لا يرجع في الهبة مطلقا وإن لم يثب عليها.وهو المعتمد عند الحنابلة[52].

واستدل الحنابلة على ذلك بما يأتي:

1- حديث ابْنِ عُمَرَ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ:«لا يَحِلُّ لأحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إلاَّ الوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ»[53].

2- حديث ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: « ليس لنا مثل السوء، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه»"[54].

مناقشة الأدلة:

بعد عرض أدلة كل فريق تبين لنا أنَّ حديث:"الرجل أحق بهبته ما لم يُثب منها" حديث ضعيف[55] وبقية الأحاديث التي استدل بها الجمهور والحنابلة هي أحاديث صحيحة، وبالتالي ظاهر هذه الأحاديث يشير إلى أنَّ الرجوع في الهبة من التصرفات المذمومة بنص الأحاديث الصحيحة، إلاَّ أنَّ هناك

من الآثار عن الصحابة –كالأثر الوارد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه– ما يبيِّن أنَّ هذا الأمر يعود إلى طبيعة الهبة وقصد الواهب منها فهذا الأثر يبيِّن أنَّ هذه الأحاديث ليست على إطلاقها، وإنَّما بحسب طبيعة هذه الهبة وقصد صاحبها، فإن قصد الهبة المشروطة وبغرض التودد للموهوب له، فإنَّ هذا الأمر لم يتحقق في حال العدول عن الخطبة، فكان للخاطب –بناء على توضيح الأثر للمراد من هذه الأحاديث– أن يطالب بالهبات التي قدمها في أثناء الخطبة، فالأثر هو مبيِّن لمطلق الحديث، علاوةً على أنَّ قول الصحابي حجة عند القائلين به[56].

وبناء على ما تقدم أرى أنَّ الهدايا المقدمة في الخطبة هي من الهدايا المشروطة؛ لأنَّ قصد الواهب هو التودد، والتقرب للمخطوبة، ولم يتحقق ذلك بسبب العدول عن الخطبة، فكان له ردُّها إن كانت موجودة عند المخطوبة وإن تلفت رُدَّ بدلها؛ أي مثلها إن كانت مثلية، أو قيمتها يوم القبض إن كانت قيمية، أو لم يوجد مثلها.

وقد بيَّن قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد في المادة (4) فقره(د) موضوع الهدايا في الخطبة حيث جاء فيها:" يرد من عدل عن الخطبة الهدايا إن كانت قائمة، وإلاَّ فمثلها،أو قيمتها يوم القبض، ولا تسترد إذا كانت مما تستهلك بطبيعتها ما لم تكن أعيانها قائمة"[57].

كما ذكرت المادة (4) في الفقرتين(د) و(هـ) الحالات التي لا ترد فيها الهدايا، وهي:

الأولى: إن كانت الهدايا مستهلكة حقيقة.

الثانية: إذا انتهت الخطبة بوفاة أحد الخاطبين.

الثالثة: إذا انتهت الخطبة بسبب عارض حال دون عقد الزواج، ولا يد لأحد الطرفين فيه[58].

ومن المستهلكات أن يهدي الخاطب للمخطوبة الحلويات والفواكه في المناسبات، فهذه الهدايا لا تسترد حال العدول عن الخطبة، أما إذا كانت من الثياب أو الحلي والجواهر ونحوها، مما يبقى أعيانها، فلا بد من رد عينها إن كانت قائمة أو بدلها إن تمَّ التصرف بها إتلافاً أو استهلاكاً.

المطلب الثاني: الأحكام البدلية المتعلقة بعقد النكاح.

هنالك العديد من الأحكام البدلية المتعلقة بمسائل النكاح نذكر منها:

أولا: مسألة صيغة النكاح والأحكام البدلية لها حال عدم القدرة.

نقول بداية: الأصل في الصيغة(الإيجاب والقبول) أن تكون بألفاظ صريحة أو كنائية[59]، فإذا عجز أحد أطراف عقد النكاح عن الصيغة اللفظية فهل له الانتقال إلى بدائل أخرى للتعبير عن طلبه أو قبوله لعقد النكاح؛ كالكتابة أو الإشارة باعتبارهما بدل عن الصيغة اللفظية؟. لهذه المسألة حالات نبيِّنها على النحو الآتي:

الحالة الأولى: أن يكون أطراف عقد النكاح حاضرين وقادرين على النطق بالصيغة.

ففي هذه الحالة اتفق الفقهاء[60] على عدم انعقاد النكاح لا بالكتابة، ولا بالإشارة؛ لأنَّ اللفظ هو الأصل والكتابة، والإشارة بدل عنهما، ولا يصار إليهما إلاَّ حال عدم القدرة على الأصل.

الحالة الثانية: أن يكون أطراف عقد النكاح حاضرين وغير قادر كل منهما، أو أحدهما على التلفظ بالصيغة المفيدة لإنشاء العقد، وغير قادرين على الكتابة.

ففي هذه الحالة جمهور الفقهاء[61] من الحنفية والمالكية والحنابلة على صحة عقد النكاح بالإشارة المعهودة والمفهمة، بدلا عن العبارة، وللقاعدة:" **الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان**"[62]، أي بدلاً عنه.

أما الشافعية فيرون أن عقد النكاح لا يصح بالإشارة التي يختص بفهمها الفَطِن؛ لأنها كناية، والحكم البدلي للأخرس هو أن يوكل غيره، أو وليه ليقوم مقامه[63].

الحالة الثالثة: إذا كان المتعاقدان حاضرين في مجلس العقد وعجز كل منهما أو أحدهما عن العبارة لكنه يعرف الكتابة فهل ينعقد عقد النكاح بالإشارة؟

اختلف الفقهاء في انعقاد عقد النكاح بالإشارة مع القدرة على الكتابة على قولين:

القول الأول: لا ينعقد عقد النكاح بالإشارة؛ لأنَّ الكتابة أقوى في الدلالة على المراد وأبعد عن الاحتمال من الإشارة فوجب المصير إليها، ولأنَّ الكتابة بمنزلة الصريح. وهذا قول الحنفية في ظاهر الرواية، والحنابلة[64].

والقول الثاني: ينعقد عقد النكاح بالإشارة مع القدرة على الكتابة؛ لأنَّ اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة، وعند عدم القدرة على اللفظ ينتقل إلى ما يقوم مقام العبارة، والكتابة والإشارة سواء في القيام مقام العبارة.وهذا هو قول المالكية والشافعية[65]

الحالة الرابعة: إذا كان المتعاقدان غائبين كل في بلد.

بداية نقول: اتفق الفقهاء[66] على أنه لا بد من وحدة مجلس العقد؛ أي أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس التعاقد.

ففي هذه الحالة لا يمكن التعاقد في العبارة بالصورة المباشرة لكن يمكن أن يكون بالعبارة من خلال وسائل الاتصال الحديثة، كالهاتف، أو الانترنت، وذلك من خلال بعض البرامج الموجودة على الانترنت؛ كالفيس بوك (Facebook)، والتويتر (Twitter)[67] فهل يصح عقد النكاح بالعبارة عبر هذه الوسائل

الحديثة بدلاً عن التعاقد المباشر؟

اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يرى صحة إجراء عقد النكاح مشافهة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة؛ كالهاتف، وبرامج الانترنت الخاصة بذلك. ومن هؤلاء وهبة الزحيلي، محمد عقلة الإبراهيم، وبدران أبو العينين[68].

وحجتهم في ذلك: أنَّ التعاقد من خلال هذه الوسائل قد توافرت فيه شروط عقد النكاح المطلوبة شرعاً من التلفظ بالصيغة (الإيجاب والقبول)، وسماع كل من المتعاقدين للآخر، وسماع الشهود لهذا التعاقد كأنهم حاضرون في مجلس التعاقد، فكان العقد بذلك صحيحا.

القول الثاني:عدم صحة إجراء عقد النكاح مشافهة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة؛ كالهاتف، وبرامج الانترنت الخاصة بذلك. وهذا ما رآه مجمع الفقه الإسلامي، واللجنة الدائمة للإفتاء في السعودية[69].

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي:قرار رقم: 52 (6/2) بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة بعد ما قرر المجمع جواز إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة قال: "إنَّ القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه"[70].

وحجة أصحاب القول الثاني:

1- أنَّ هذه الوسيلة قد يدخلها نوع من الخداع لأحد طرفي العقد، وعقد الزواج من العقود الخطيرة والتي لابد من الاحتياط لها؛ لأنها تتعلق بمقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية والمتمثل بحفظ الفروج

2- أنَّ عقد الزواج يشترط الإشهاد فيه والشهود لم يشاهدوا إلاَّ طرفا من أطراف العقد، فهو لا يشبه التعاقد بين حاضرين من كل وجه.

ويرى الباحث أنَّ التعاقد بالوسائل الحديثة من خلال الهاتف أو عبر الانترنت محوط بالمخاطر التي لا تحمد عقباها، وخاصة أنَّ هناك إمكانية لتقليد الأصوات ومحاكاتها أثناء إجراء التعاقد، من خلال أجهزة خاصة لهذه الأغراض، علاوة على احتمال بعض الأعطال الفنية والتي تؤدي إلى انقطاع المكالمة بعد صدور الإيجاب من الولي وعدم سماعه من الطرف الآخر.

ولذا يرى الباحث أن يكون التوكيل هو البديل عن التعاقد المباشر، وإن كان ولابد من استعمال هذه التقنيات الحديثة وخاصة ما يتعلق بالعقود الخطيرة كالزواج، والطلاق أن يكون هناك بديلٌ يضمن سلامة هذا التعاقد، وأرى أن يكون البديل هو إنشاء قاعة معدة خصيصاً لهذا الغرض في كل محكمة شرعية، بحيث إذا أراد الأشخاص التعاقد عبر هذه الوسائل أن يكون من خلال المحكمة الشرعية وتحت إشراف القاضي والمتخصصين بالأجهزة، لسلامة هذا التعاقد، وتثبيته في المحكمة الشرعية بشكل رسمي، وأن يكون هذا الاتصال من خلال ترميز خاص لا يطلع عليه إلا المسؤول في المحكمة الشرعية لسلامة التعاقد أولاً، وحفاظا على الأعراض التي هي مقصد شرعنا الحنيف ثانياً.

هذا، ولم يتطرق قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد لهذه المسائل، وأرى تضمينها في القانون الجديد على أن يتم التعاقد عبر الوسائل الحديثة كحكم بدلي عن التعاقد المباشر وفق التصور الذي بيَّناه آنفا.

كما يمكن أن يكون الحكم البدلي من خلال الكتابة وقد اختلف الفقهاء القدامى في صحة إنشاء عقد الزواج بالكتابة إذا كان المتعاقدان غائبين على قولين:

القول الأول: ينعقد عقد النكاح بالكتابة من الغائبين. وهذا هو قول الحنفية وقول عند الحنابلة[71]

وحجتهم: أن الكتاب من الغائب كالخطاب

وقد اشترطوا شروطا لذلك هي:1- أن تكون الكتابة مستبينة. 2- أن يكون الشهود على علم بما في الكتاب

وصورته: أن يكتب الرجل إلى ولي المرأة ويقول له كتابة: تزوجت ابنتك على مهر كذا، فإذا وصل الكتاب لولي المرأة أحضر ابنته وشاهدين وأسمعهما الكتاب، فإن سكتت البنت وبيَّن الولي لها قبول هذا الرجل زوجا لها وسمع الشهود القبول، تم عقد النكاح[72].

القول الثاني: لا ينعقد النكاح بالكتابة من الغائبين عند المالكية والقول المعتمد عند الشافعية والحنابلة[73].

وحجتهم: أنَّ الكتاب من الكنايات وعقد النكاح لا ينعقد بالكنايات، فالنكاح يفتقر إلى التصريح ليقع الإشهاد عليه.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فلم يفصل في هذه المسألة كما أوضحنا وقد حصر صيغة النكاح في الإنكاح والتزويج جاء في المادة(7):" يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة (كالإنكاح والتزويج)، وللعاجز عنهما بالكتابة أو بإشارته المعلومة"[74].

فالفقهاء متفقون على أن صيغة عقد النكاح تكون بلفظ الإنكاح والتزويج، وأجاز الحنفية والمالكية انعقاد النكاح بألفاظ أخرى؛ كلفظ الهبة، والتمليك؛ لورود النص فيها،[75]، وتوسع الحنفية في ذلك فقالوا: إنَّ صيغة النكاح تصح بكل لفظ يدل عليه [76].

كما أشارة المادة (7) إلى الأحكام البدلية حال عدم القدرة على النطق بالإيجاب والقبول حيث بيَّنت أنَّ الكتابة تقوم مقام العبارة وكذلك الإشارة تقوم مقام العبارة من غير تفصيل للأمر.

وأرى أنه لا بد للقاضي من الالتزام بما بيَّنَّاه آنفا تحقيقا للدور الوظيفي الذي تقوم به الأحكام البدلية

ثانيا: مسائل الولاية في النكاح والأحكام البدلية المتعلقة بها.

الولاية: هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى[77]. وهي في النكاح نوعان: ولاية إجبار، وولاية ندب واختيار.

وما يعنينا في هذا المقام هو بيان أنَّ الولي جاء في عقد النكاح ليقوم مقام المرأة أو البنت؛ لأنها لا تقدر على إبرام العقد بنفسها بحكم الشرع كما يرى جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة[78]، فكان لوليها أن يباشر عقد النكاح بدلاً عنها؛ ليحقق مصلحتها، لأنها لا تَخْبُر الرجال ولا تعرف معادنهم وطباعهم، وهذا يبين لنا الدور الوظيفي الذي تقوم به الأحكام البدلية- وهي الولاية هنا- والمتمثلة بتحقيق مصلحة المولى عليها إذا ما تقدم لها الكفء من الرجال. كما تمثل الأحكام البدلية الدور الوقائي في مسائل الولاية والمتمثل بمنع الضرر الواقع أو المتوقع على المولى عليها في حال غيبة الولي أو عضله لها.

ولمزيد من البيان سأتناول مسألتين تتعلقان بالأحكام البدلية في الولاية نبيِّنهما على النحو الآتي:

الأولى: غيبة ولي المرأة.

قلنا إنَّ الولي يقوم بمباشرة عقد النكاح بدلا عن المرأة، وذلك بحكم الشرع، لكن الولي قد يكون غائبا فيتقدم للمرأة من هو كفء لها، وقد يكون في انتظار الولي تفويتٌ لمصلحة المخطوبة، فما الحكم البدلي في هذه الحالة؟ وهل تنتقل الولاية للولي الأبعد أم إلى القاضي باعتباره الولي العام؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يرى انتقال الولاية إلى الولي الأبعد. وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وقول عند الشافعية[79].

القول الثاني: يرى انتقال الولاية إلى القاضي. وهو قول زفر من الحنفية، والمعتمد عند الشافعية، ورواية عند أحمد[80].

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد في المادة (17) في أن حق الولاية ينتقل إلى الولي الأقرب إذا كان في انتظار الولي الغائب تفويت لمصلحة المخطوبة، لكن إن تعذر أخذ رأي من يليه في الحال، أو لم يوجد، انتقل حق الولاية إلى القاضي. وقد أحسن القانون الجديد الحكم في هذه الحالة إذ كان الحكم في قانون الأحوال الشخصية القديم في المادة(12) بأن حق الولاية ينتقل إلى القاضي، وهذا يخالف أصل الولاية، إذا الأصل أن تنتقل إلى الولي الأقرب؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة[81].

كما بيَّن القانون في المادتين (14) و(16) الضوابط التي تتعلق بترتيب الأولياء بما يقطع النزاع حيث جاء في المادة(14)::"الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة". كما جاء في المادة (16):"رضا أحد الأولياء بالخاطب يسقط اعتراض الآخرين إذا كانوا متساوين في الدرجة، ورضا الولي الأبعد عند غياب الولي الأقرب يسقط اعتراض الولي الغائب، ورضا الولي دلالةً كرضاه صراحةً".

لكن إن ترتب على ذلك وجود شحناء وبغضاء بين الأولياء، وكان في ذلك تفويت لمصلحة المولى عليها فلا بد من انتقال الولاية إلى القاضي بصفته الولي العام؛ سداً لذريعة الفساد في مثل هذه الحالة، وتحقيقا لمصلحة المولى عليها، وهذا هو الدور الوقائي والوظيفي الذي تنهض به الأحكام البدلية وفق منظور الشرع الحنيف.

الثانية: مسألة عضل الولي

يقصد بعضل الولي: هو منع المرأة من الزواج من الكفء، وبمهر المثل إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه[82].

والعضل من الولي لا يقره الشرع بل يحرمه لقوله تعالى **(وَإِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ)** [البقرة:232]

وقد اختلف الفقهاء في كيفية وقوع العضل؟ وذكروا له حالات من أهمها: منع الولي موليته من الزواج بمن ترغب به من كفء وبمهر المثل، أو رغبتها بكفء ووليها يريد كفء آخر.

وما يعنينا هو إذا ما تحقق العضل في الصور السابقة فما الحكم البدلي في هذه الحالة (وهو عدم قدرة الولي على تحقيق مصلحتها أو الإضرار بها بسبب عَضْلِهِ) هل تنتقل الولاية للولي الأبعد أم إلى القاضي باعتباره صاحب الولاية العامة؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يرى أنَّ الولاية في حال العضل تنتقل إلى الحاكم(القاضي) ولا تنتقل إلى الولي الأبعد. وهذا قول الحنفية، والمالكية، والشافعية إن كان العضل دون الثلاث مرات، وقول عند الحنابلة[83].

وحجتهم في ذلك: أنَّ العضل فيه ظُلم من الولي لموليته، والمخوَّل شرعاً برفع المظالم، ودرء المفاسد هو الحاكم المسلم، فتنتقل الولاية إليه، مع بقاء ولاية الأقرب في الأمور الأخرى.

القول الثاني: يرى أنَّ الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد؛ لأنه أحق بها والولي العاضل بامتناعه عن تزويج موليته صار كالمعدوم، فتنتقل الولاية إلى من بعده الأقرب فالأقرب، فإن عدم الأولياء انتقلت الولاية إلى الحاكم باعتباره ولي من لا ولي

له. وهذا قول عند بعض المالكية والشافعية إن كان العضل أكثر من ثلاث مرات والمعتمد عند الحنابلة[84].

وحجة أصحاب هذا القول: أنَّ الولي بالعضل المتكرر صار فاسقاً، ولا ولاية لفاسق في الزواج، ولذا تنتقل الولاية إلى من بعده من الأولياء.

ويرى الباحث أنَّ الأقرب لمقاصد الشرع انتقال الولاية في حال العضل إلى الولي التالي الأقرب فالأقرب؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة، لكن لا بد لإثبات العضل من رفع الأمر للقضاء وإثباته من قبل القاضي، ومن ثم تعيين الولي الذي يكون بدل الولي العاضل، على أن لا يقع بين الأولياء من الشحناء، والتصادم ما يؤدي إلى قطيعة الرحم، فإن ثبت ذلك فأرى نقل الأمر إلى القاضي حسما للنزاع، وتحقيقا لمصلحة المولى عليها.

هذا، وقد ذكر قانون الأحوال الشخصية الجديد في المادة (18) مسألة العضل حيث جاء فيها:" يأذن القاضي عند الطلب بتزويج البكر التي أتمت الخمسة عشرة سنة شمسية من عمرها من الكفء في حال عضل الولي إذا كان عضله بلا سبب مشروع"[85]. وفي هذا إشارة إلى انتقال الولاية إلى الولي الأبعد كحكم بدلي لتحقيق مصلحة المولى عليها.

المطلب الثالث: الأحكام البدلية المتعلقة بحقوق الزوجية.

هنالك العديد من المسائل المتعلقة بالزوجين وذات أحكام بدلية نذكر منها:

أولاً: مسألة إعسار الزوج بالنفقة والأحكام البدلية المتعلقة بها.

الأصل أنَّ نفقة الزوجة تكون على الزوج، وسبب وجوبها على الزوج هو عقد النكاح، وتفرغ الزوجة لشؤون الزوج والأولاد والبيت[86]. فما الحكم البدلي في حال عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته. هل يفرق بينهما بسبب الإعسار أم تنفق الزوجة من مالها إن كانت ذات مال أم تستدين على حساب الزوج إلى حين الميسرة؟.

بداية نقول: اتفق الفقهاء[87] على أنَّ على القاضي -في ضوء الأحكام البدلية- أن يتحرى عن حال الزوج ليثبت يساره أو إعساره أو مماطلته بالنفقة مع يساره. فإن كان مماطلا ألزمه القاضي بدفع النفقة المستحقة للزوجة، وإن ثبت إعساره ففي هذه الحالة **اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:**

القول الأول: إن أعسر الزوج وجب على الزوجة الصبر والإنفاق من مالها إن كانت غنية أو موظفة، أو ينفق عليها من يلي أمرها من أقاربها كما لو كانت ليست متزوجة، فإن رفضت ولم يستطع الزوج الإنفاق عليها فرق القاضي بينهما بناء على طلبها. وهذا هو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[88].

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

1- قوله تعالى: **(الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ)** [النساء:34]

وجه الدلالة: أنَّ القِوامة هي حق للرجل على المرأة ومن دواعيها الإنفاق، فإن لم يقدر على الإنفاق انتفت قوامته عليها، فكان لها حق الفسخ[89].

2- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول» تقول المرأة: إما أن تطعمني، وإما أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن: أطعمني، إلى من تدعني** " [90].

ومن الآثار أنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى[91].

القول الثاني: أنَّ الزوجة إن ثبت إعسار زوجها ورفعت أمرها للقضاء، أمرها القاضي بالاستدانة على حساب الزوج على أن ترجع على الزوج عند يساره ولا يفرق بينهما. وهذا هو قول الحنفية، والمزني من الشافعية، وابن قيم الجوزية من الحنابلة، والظاهرية[92].

واستدلوا بأدلة منها

1- قوله تعالى: **(لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً)** [الطلاق:7]

وجه الدلالة: أنَّ الآية بينت أنَّ الإنفاق يكون على قدر الوسع، فلا يكلف الله نفساً فوق طاقتها، والقول بجواز الفسخ للإعسار تكليف للمعسر -وهو الزوج هنا- بما هو فوق طاقته.

2- أنَّ نساء النَّبي- صلى الله عليه وسلم- سألنه النفقة - كما ورد في صحيح مسلم- فأنكر أبو بكر وعمر رضي الله عنهما عليهنَّ ذلك، فدلَّ ذلك على أنه لاحق لهنَّ في سؤال النبي - صلى الله عليه وسلم- ما ليس عنده. ومن باب أولى طلب الزوجة التفريق بسبب الإعسار[93].

ويرى الباحث في ضوء الأحكام الشرعية البدلية أنَّ على القاضي إمهال الزوج، والطلب من الزوجة الإنفاق على نفسها من مالها إن كانت ذات مال، أو وظيفة، فإن لم تكن ذات مال، أمرها القاضي بالاستدانة على حساب الزوج، فإن لم تجد من تستدين منه أمر القاضي وليها بالإنفاق عليها كما لو كانت غير ذات زوج، ويكون ما ينفقه الولي ديناً في ذمة الزوج إلى حين ميسرة.

وهذه الأحكام البدلية تمثل الدور الوقائي والمتمثل بالمحافظة على الأسرة من التفكك والتشرذم بسبب ما يحدق بها من أخطار، وعلى رأسها مشكلتي الفقر، وبطالة الزوج عن العمل، إذ المجتمع الإسلامي معنيٌّ برعاية الأسرة، والمحافظة على أمنها، واستقرارها، ومنع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تفككها، وانهيارها، فكان للأحكام البدلية الدور والوقائي، علاوةً على الدور العلاجي، والمتمثل بعدم ترك الزوجة تعاني مرارة الجوع والعِوَز في ظل عسر الزوج، فكان لابد من تأمين حوائجها الضرورية لها ولأبنائها.

هذا، وقد جاء قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد متفقا مع الأحكام البدلية حيث نصت المادة(66) منه على ما يلي:" إذا عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة نفقة لها يحكم بها القاضي من يوم الطلب، على أن تكون ديناً في ذمته، ويأذن للزوجة أن تنفق من مالها أو تستدين على حساب الزوج".

كما نصت المادة (67) على ما يأتي:" إذا حُكم للزوجة بنفقة على الزوج، وتعذر تحصيلها منه، يلزم بالنفقة من تجب عليه نفقتها لو فرضت غير ذات زوج، ويكون له حق الرجوع بها على الزوج"[94].

فهاتان المادتان جاءتا متفقتين مع الأحكام البدلية التي ذكرها أصحاب القول الثاني، والتي تعد منهجاً قويماً لحفظ الأسرة، ودرء خطر تفككها وتشرذمها. فالأصل أن تكون النفقة على الزوج – وهي الحكم الأصلي– فإن لم يقدر عليها انتقل إلى الأحكام البدلية التي ذكرنا؛ حفاظاً على مقاصد الشرع، ومقاصد الخلق، وتحقيقاً للدور الوقائي، والدور العلاجي الذي تعنى به الأحكام البدلية في شرعنا الحنيف.

ثانيا: إيلاء الزوج من زوجته والأحكام البدلية المتعلقة به.

الايلاء لغة: الحلف، واليمين، مصدر آلى يولي إيلاءً.[95].

وشرعا: الحلف عن الامتناع عن وطء الزوجة مطلقاً أو أكثر من أربعة أشهر[96].

قال مالك:" كل يمين لا يقدر صاحبها على الجماع لمكانها فهو مُوْلٍ"[97].

وما يعنينا في هذه المسألة هل الفيئة إلى الزوجة تكون بالقول أم بالفعل؟.

اتفق الفقهاء[98] على أنَّ الأصل في الفيئة إلى الزوجة في الايلاء يكون بالفعل (الجماع)، أما إذا لم يقدر الزوج على الفيئة بالفعل حقيقةً؛ لعجز جنسي، أو حكماً؛ لكونه في سفر، أو لمرض لا يرجى زواله، أو لمانع شرعي؛ ككونه في حج، أو زوجته حائض، أو نفساء. ففي هذه الحالات للزوج الانتقال إلى الحكم البدلي وهو الفيئة بالقول أو الكتابة إن كان الزوج في غيبة أو بالإشارة إن كان لا يستطيع القول لخرس ونحوه.

ويرى مالك أنَّ الفيئة الأصل فيها أن تكون بالجماع، فإن لم يقدر عليها لسفر، أو مرض، ونحوه، فاء بلسانه، لكن بشرط أن يكفر كفارة يمين؛ لأنَّ الإيلاء عنده يمين على ترك الجماع، فإن عجز عن الحكم الأصلي انتقل إلى الحكم البدلي وهو الفيء باللسان ولا يثبت ذلك إلا بالكفارة[99].

وقال الحنابلة: إن لم يقدر على الحكم الأصلي وهو الجماع، طولب بفيئة المعذور وهو الفيئة باللسان، وذلك بأن يقول: متى قدرت جامعتها؛ لأنَّ القصد بالفيئة ترك الإضرار بالمرأة وهو عدم إتيانها، وبمجرد القول لا يؤدي إلى إزالة الضرر، فكان الحكم البدلي مشروطاً بشروط: **الأول:** أن لا يقدر على الحكم الأصلي (الجماع) في وقته، **والثاني:** أن تكون صيغة الفيئة بقوله: متى قدرت جامعتك، ليحصل إزالة الضرر لاحقا. **والثالث:** أن يكفر كفارة يمين كما ذكر المالكية لتصح الفيئة باللسان كحكم بدلي.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد بذلك حيث جاء في المادة (123) فقرة (ج) ما يلي:" يشترط لصحة الرجعة في التطليق للإيلاء أن يكون الفيء فعلا أثناء العدة إلاَّ أن يوجد عذر فتصح بالقول"[100]. لكنه لم يضبط الرجوع بالقول بالضوابط التي ذكرنا لإزالة الضرر عن الزوجة لاحقاً، كما أنه لم يذكر الحالات التي يعجز فيها عن القول لخرس ونحوه، من جواز الرجوع بالكتابة أو بالإشارة.

ثالثا: كفارة الظهار والأحكام البدلية المتعلقة بها.

الظهار: هو تشبيه الرجل زوجته أو جزأ منها بامرأة محرمة عليه على التأبيد، أو بعضو منها لا يحل له النظر إليه[101].

وما يعنينا في الظهار هو بيان الأحكام البدلية المتعلقة بكفارة الظهار على النحو الآتي:

1- الأحكام البدلية المتعلقة بخصال الكفارة في الابتداء.

فهذه الكفارة تجب على الترتيب عند الفقهاء[102] بحيث يجب على من ظاهر من زوجته أن يقوم بتحرير رقبة قبل أن يأتي زوجته، فإن لم يجدها حساً– كما هو الحال في زماننا– وجب عليه أن ينتقل إلى الحكم البدلي التالي وهو صيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع صيام شهرين متتابعين؛ لكبره أو مرض لا يرجى شفاؤه، ونحو ذلك، انتقل إلى البدل الثاني وهو بدل مالي يتمثل بإطعام ستين مسكيناً لكل مسكين وجبتان مشبعتان. وهذه الأحكام الثلاثة مرتبة ابتداءً وانتهاءً بحيث لا يجوز للمظاهر الانتقال إلى الحكم البدلي التالي إلاَّ إذا لم يقدر على القيام بالسابق له.

2- الأحكام البدلية المتعلقة بخصال الكفارة بعد الشروع بها.

فإذا قدر المظاهر على العتق قبل إتمام الصوم، أو قدر على الصوم بعد أن أطعم بعض المساكين هل يلزمه الانتقال أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

الأول: يلزمه الانتقال إلى الأصل، أو البدل السابق حال تعدد الأبدال بحسب ترتيب الكفارة.وهذا قول الحنفية، والمزني من الشافعية[103].

حجتهم: أنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، والمقصود هو إسقاط الكفارة عنه، وذلك لا يحصل قبل تمام صوم الشهرين. وقياساً على المتيمم إذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة وجب عليه الوضوء.

الثاني: لا يلزمه الانتقال للأصل. وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة[104].

حجتهم: أنه وجد المبدل بعد الشروع في البدل فلم يلزمه الانتقال إلى المبدل قياسا على المتمتع يجد الهدي بعد شروعه في صوم السبع لم يلزمه الهدي.

وقال الشافعي: لو أعتق كان أفضل لأنه الأصل، وخروجا من الخلاف. وهذا الذي أراه في المسألة؛ لأنه لا يصار إلى البدل إلاَّ في حال عدم القدرة على الأصل.

3- الأحكام البدلية المتعلقة بخصال الكفارة من حيث القيمة.

وهل للمظاهر أن يدفع القيمة للمساكين بدلاً عن الإطعام؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: دفع القيمة يجزئ عن الإطعام، وهذا قول الحنفية، ورواية عند الإمام أحمد[105].

وحجتهم: أنَّ القيمة في الكفارة تقوم مقام المنصوص عليه، ولأنَّ المقصود دفع حاجة المسكين وهذا حاصل بدفع القيمة.

القول الثاني:دفع القيمة لا يجزئ عن الإطعام. وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والمعتمد عند الحنابلة[106].

وحجتهم: أنَّ الكفارة فيها معنى التعبد من حيث مقدار المعطى، وعدد آخذيه، فلا تجزئ القيمة بدلاً عن الإطعام.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد فلم يذكر هذه المسألة إلاَّ فيما يتعلق بمماطلة الزوج بالكفارة وما يجب على القاضي في مثل هذه الحالة حيث جاء في المادة(124) أن على القاضي إمهال الزوج أربعة أشهر فإن امتنع عن التكفير لغير عذر طلق عليه القاضي طلقة رجعية، ما لم تكن مكملة للثلاث[107].

وبناءً على عدم النص في قانون الأحوال الشخصية على هذه المسألة، فإنه يرجع إلى الراجح من مذهب الحنفية فيما لا نص فيه حسب المادة (325). وبالتالي يجوز الانتقال إلى دفع القيمة للفقراء، والمساكين بدلاً عن الإطعام.

المطلب الرابع: الأحكام البدلية المتعلقة بالطلاق.

وفيه مسائل من أهمها:

المسألة الأولى: المشكلات الزوجية وكيفية علاجها والبدائل الشرعية لها.

قبل أن يلجأ الزوج إلى الطلاق لابد من إجراءات هي بمثابة أحكام علاجية؛ لإزالة المشكلات الزوجية قبل أن تصبح مشكلات مستحكمة يصعب علاجها إلا بالطلاق.

وهذه الإجراءات قد نصت عليها الآية القرآنية الكريمة في قوله تعالى:

(وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً) [النساء: ٣٤]

فقد بيَّنت الآية الكريمة أنَّ الأصل في الإصلاح بين الزوجين أن يكون بالوعظ، والمتمثل بما يسمى بالحوار البنَّاء بين الزوجين، القائم على احترام الذات والتواصل مع الآخر واستيعابه؛ لإزالة ما يحيط بالعلاقة الزوجية من مشاكل واضطرابات قد يكون سببها على الأغلب عدم احترام وتقدير الأطراف لبعضهم بعضا، فإن لم يستطع الزوج تأديب زوجته بهذا الأسلوب انتقل إلى أسلوب آخر نصت عليه الآية الكريمة ألا وهو الهجر كحكم بدلي عن الحكم أو الأسلوب الأول، لعله يسهم في إزالة نشوز الزوجة، والهجر لا يجوز بالكلام إنما بالمضاجع كما بينت الآية الكريمة ولا يجوز أن يبلغ الأربعة أشهر التي للمولى من زوجته، فإن لم يفلح هذا الأسلوب انتقل إلى أسلوب آخر وهو الضرب غير المبرح؛ الذي لا يترك أثراً بدنياً، ولا نفسياً على الزوجة.

والدليل على أنَّ هذه الأحكام بدلية أنَّ الفقهاء متفقون[108] على أنَّ الزوج ليس له أن يختار من هذه الأساليب ما يشاء لعلاج مشكلة النشوز عند زوجته، بل لا بد من أن يبدأ بالوعظ، وهو كما قلنا يتمثل بالحوار الهادئ البنَّاء بين الزوجين، المبيِّن لأسباب الاختلال في العلاقة الزوجية، وهذا هو الأصل في العلاقة الزوجية بين كل زوجين، فإن لم يفلح في علاج هذا النشوز فعليه الانتقال إلى الأساليب الأخرى التي أشار إليها القرآن الكريم وبالترتيب الذي جاء بمنطوق الآية الكريمة. فإن لم تفلح هذه الأساليب في تأديب الزوجة، وإزالة نشوزها، انتقل من دائرة الزوجية – وهذا هو الأصل في حل المشكلات الزوجية؛ ألاَّ تخرج عن دائرة الأسرة- إلى خارج دائرة الزوجية، والتي أشار إليها القرآن الكريم بقوله تعالى: **(وَإِنْ**

خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقْ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً) [النساء: ٣٥] وهذا هو الأصل إذ على القاضي إذا ما رفعت إليه المشكلة بين الزوجين أن يأتي بحَكَمٍ من أهل الزوج، وحَكَم من أهل الزوجة، فإن لم يجد القاضي من هو قادر على حل النزاع والخلافات بين الزوجين، كان للقاضي أن يختار من ذوي الخبرة والقدرة على الإصلاح. وهذا ما بيَّنته المادة (126) من قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد فقرة (ج) حيث جاء فيها:" يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين قادرين على الإصلاح، وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة، والآخر من أهل الزوج إن أمكن، وإن لم يتيسر حكَّم القاضي اثنين من ذوي الخبرة، والعدالة، والقدرة على الإصلاح"[109].

فإن لم يستطع الحكمان الإصلاح وظهر لهما أنَّ الإساءة من جهة الزوجة فرق بين الزوجين على العوض الذي يريانه على أن لا يزيد على المهر وتوابعه، وإن كانت الإساءة كلُّها من الزوج فرق بينهما بطلقة بائنة ولها أن تطالب بمهرها وتوابعه ونفقة العدة، وإن كان الخلاف بينهما وكانت الإساءة من كليهما فرق القاضي بينهما وقسَّم المهر بنسبة إساءة كل منهما للآخر. وهذا ما بيَّنته المادة(126) في الفقرة (هـ) والفقرة (و) من قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم (36) لعام2010م[110].

المسألة الثانية:الألفاظ التي يقع بها الطلاق والألفاظ البدلية حال عدم القدرة.

الطلاق: رفع قيد النكاح في الحال، أو المآل، بلفظ مخصوص، أو ما يقوم مقامه [111].

والأصل أن يقع الطلاق باللفظ، وهو قسمان: صريح؛ كقول الزوج لزوجته:أنت طالق. وهذا يقع في الحال. أو كنائي: وهو الذي يستعمل في الطلاق وغيره، كقول الزوج: الحقي بأهلك. وهذا باتفاق الفقهاء[112] ويشترط فيه النية ليقع طلاقاً.

أما ما يتعلق بالأحكام البدلية المتعلقة بمسائل الطلاق فنذكر منها:

أولاً: إذا كان الإنسان قادراً على الطلاق باللفظ ولكنه أوقعه بالإشارة بدلاً عن اللفظ، فهل يقع الطلاق في هذه الحالة؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

الأول: لا يقع الطلاق بالإشارة مع القدرة على النطق بالطلاق. وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية الشافعية والحنابلة[113].

وحجتهم: أنَّ الإشارة إنما تقوم مقام العبارة في حق العاجز عنها لموضع الضرورة، ولا ضرورة في حق الناطق.

الثاني: يقع الطلاق بالإشارة المفهمة من القادر على النطق. وهذا هو القول المعتمد عند المالكية[114].

وحجتهم: أنَّ الإشارة تقوم مقام العبارة، فإن احتف بها من القرائن ما يقطع بدلالتها على الطلاق وقعت، سواءٌ صدرت من الأخرس أو من المتكلم.

ثانياً: الطلاق بالإشارة من الأخرس مع القدرة على الكتابة.

اختلف الفقهاء في طلاق الأخرس بالإشارة مع قدرته على الكتابة على قولين:

القول الأول: يقع طلاق الأخرس بالإشارة مع القدرة على الكتابة. وهذا قول الحنفية المالكية والمعتمد عند الشافعية والحنابلة[115].

حجتهم:أن الكتاب بمنزلة البيان باللسان، والإشارة تقوم مقام العبارة، فهما سواء يقومان مقام الكلام.

القول الثاني: لا يقع الطلاق بالإشارة من الأخرس إلا عند عجزه عن الكتابة وهذا هو القول المعتمد عند الحنفية وقول لبعض الشافعية[116].

وحجتهم: أن الطلاق بالكتابة أدلُّ على المراد من الإشارة، وإنَّما اعتبرت الإشارة والكتابة ضرورة، والكتابة أدلُّ على المراد من الإشارة، فالبيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان.

هذا ويقع الطلاق بالكتابة من الحاضر والغائب عند القائلين بوقوع الطلاق[117] وللشافعية رأيان: **الأول:** يقع من الجميع. **والثاني:** يقع من الغائب ولا يقع من الحاضر[118].

ويرى الشافعية وابن حزم عدم وقوع الطلاق بالكتابة مطلقاً بنوعيها مع القدرة على النطق[119].

وحجتهم: أن الله تعالى جعل الكناية باللفظ لا بالكتابة.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام2010 برأي أصحاب القول الأول لكن قيد وقوع الطلاق بالكتابة بنية المطلِّق حيث جاء في نص المادة (83) ما يأتي:"أ- يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة، وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة. ب- لا يقع الطلاق بالكتابة إلاَّ بالنية"[120].

وأرى أن يضاف لذلك إشارة الأخرس فهي عند جمهور الفقهاء من قبيل الكتابة، فلا تقع إلاَّ بالنية والتي لا تعرف إلاَّ بإشارة أخرى من قبل الأخرس.

المسألة الثالثة: إرجاع الزوج زوجته هل الأصل أن يكون بالقول أم بالفعل؟

اختلف الفقهاء في مسألة إرجاع الزوج لزوجته وهل الأصل في الإرجاع أن يكون بالقول أم بالفعل نبيِّن ذلك على النحو الآتي:

فعند الحنفية[121] تحصل الرجعة بالقول الصريح وبالكناية مع النية كقول الزوج: لا أتركك، وقوله: أنت عندي كما كنت. كما تحصل الرجعة بالفعل كالوطء ودواعيه.

لكن إن عجز الزوج عن الرجعة بالقول، أو لا اعتبار لعبارته؛ كالمجنون، والسكران، والمعتوه، والمكره، صحة الرجعة منه بالفعل.

وأما المالكية[122] فتصح الرجعة عندهم بالقول الصريح والكناية، وتصح الرجعة بالفعل مع النية إن كانت من الزوج؛ لأنَّ حق الرجعة له.

وأما المجنون والمعتوه والمكره، فلا تصح الرجعة منهم؛ لأن أقوالهم غير معتبرة. كما لا تصح بالفعل؛ لأنَّ الرجعة بالفعل عند المالكية لا تصح إلاَّ بالنية، وهؤلاء ليس لهم قصد صحيح.

وعند الشافعية[123] تصح الرجعة بالقول الصريح وبالكناية مع النية. ولا تصح بالفعل؛ لأنه يمنع الزوج من الاستمتاع بمطلقته الرجعية أثناء العدة. كما لا تصح الرجعة من المجنون، والسكران، والمعتوه بالقول؛ لأنَّ أقوالهم غير معتبره، وفي هذه الحالة الحكم البدلي في حقهم هو أن الرجعة تكون من ولي أمرهم.

أما الحنابلة[124] فلا تصح الرجعة عندهم إلاَّ بالقول الصريح وهو ظاهر كلام الخرقي رواية عن الإمام أحمد وفي الكناية وجهان. وأما الرجعة بالفعل فروايتان أحدهما:لا تصح من القادر على النطق وتصح من العاجز عنه. والثانية: تصح بالوطء نوى أو لم ينو. وأما المجنون، والمعتوه فلا تصح إلاَّ من وليهما.

وقد نصت المادة(92) من قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد على أنَّ للزوج حق مراجعة زوجته أثناء العدة قولاً أو فعلاً. كما نصت المادة(98) على أنَّ للزوج حق إرجاع مطلقته رجعيا أثناء العدة قولاً أو فعلاً [125].

ويرى الباحث أنَّ قول الجمهور الذي يرى أنَّ الأصل إرجاع الزوجة أو المطلقة بالقول دون الفعل هو الذي يتفق مع الأحكام الأصلية والبدلية، فإن عجز عن الإرجاع بالقول لعدم اعتبار عبارته- كالمجنون والمعتوه- كان له الإرجاع من خلال وليه، فإن لم يكن له ولي، كان له، وللعاجز عن الإرجاع بالقول أن يرجع زوجته بالفعل؛ وذلك من خلال الوطء ودواعيه.

المطلب الخامس: الأحكام البدلية المتعلقة بحقوق الأبناء.

هناك العديد من المسائل المتعلقة بالأحكام البدلية في حال عدم القدرة على الأحكام الأصلية فيما يتعلق بأحكام الصغار في الفقه الإسلامي نذكر منها:

أولا: حق إرضاع الطفل والأحكام البدلية المتعلقة به.

الرضاع: هو مص الصبي ثدي الآدمية في سن الرَّضاع، وابتلاع لبنه[126].

وقد ذهب الحنفية، والمالكية[127] إلى أنَّ إرضاع الطفل واجب على الأم ديانةً، لا قضاءً، سواءُ أكانت الأم في حبال الزوجية أم كانت مطلقة لقوله تعالى: **(وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ)** [البقرة:233] فقالوا: إن الآية جاءت بصورة الخبر لكنه خبر فيه معنى الأمر[128].

1- والأصل أنَّ الأم لا يجب عليها إرضاع طفلها، لكن جمهور الفقهاء[129] أوجبوا على الأم إرضاع طفلها ديانةً، وقضاءً في الحالات الآتية:

2- إذا تعيَّنت الأم لذلك بأن ألِفَها الطفل، ولم يرض الرضاع من غيرها.

3- إذا لم يوجد من يرضعه غيرها.

4- إذا كان الأب فقيراً لا مال له ليستأجر ظئراً لترضعه، أو لا يستطيع شراء الحليب المناسب لطفله الرضيع كما هو واقع الحال في زمننا المعاصر.

ففي هذه الحالات يصبح الرَّضاع واجباً على الأم ديانةً وقضاءً حفاظاً على حياة الطفل الرَّضيع، ويعتبر امتناع الأم في هذه الحالة قصداً صريحاً بالمضارة بالولد وأبيه.

كما ويجبر الأب عند الحنفية، والمالكية[130] على استئجار مرضعة للطفل – أو شراء الحليب المناسب لطفله –كما هو الحال في زماننا- في حالات معينة كحكم بدلي وهذه الحالات هي:

1- إذا رفض الطفل أن يرضع من أمه لأي سبب أو كانت قليلة اللبن لا تشبع الصغير.

2- إذا كان للأب مال يمكن من خلاله استئجار المرضع أو شراء الحليب المناسب له.

3- إذا كان العرف يقضي باستئجار مرضعة أو شراء الحليب المناسب له إذا كانت الأم من عائلة منعمة لا يرضع أمثالها أطفالهم، أو كان حليبها يضر بالطفل، كحليب الحامل، والمريضة[131].

مما تقدم يتبيَّن لنا في هذه الآية الكريمة الدور الوظيفي أو الغيري[132] الذي تقوم به الأحكام البدلية في هذه الحالة والمتمثل بأنَّ حق الرضاع هو حق وواجب في آن واحد فهو حق للطفل وحق للأم في أن ترضع طفلها وحق للأب في متابعة رضاع ابنه وهو واجب في نفس الوقت على الأم وعلى الأب في الحالات التي ذكرنا فهذا الدور الوظيفي الذي تقوم به الأحكام البدلية هو بمثابة وظيفة اجتماعية هدفه تحقيق المصلحة لجميع الأطراف ومنع تعسفهم في استعمال هذا الحق، والهدف العام لذلك هو رعاية النشئ والقيام على رعايتهم حفاظاً على النسل، وإبقاءً على حياتهم، والذي يعتبر من أهم الحقوق في بناء النشئ الإسلامي، بل والإنساني على السواء.

فثبت أنَّ هذه الآية الكريمة أصل من أصول الأحكام البدلية في شرعنا الحنيف.

هذا وقد ذكر قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد في المادة(166) الحالات التي تتعين الأم لإرضاع ولدها حيث جاء فيها:" تتعين الأم لإرضاع ولدها وتجبر على ذلك إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة، ولم توجد متبرعة، أو إذا لم يجد الأب من ترضعه غير أمه، أو إذا كان لا يقبل غيرها لإرضاعه". [133]. كما ذكرت المادة (167) وجوب أن يستأجر الأب مرضعة لولده في الحالات التي تأبى الأم إرضاعه أو لا يجب عليها إرضاعه[134]. لكن القانون لم يتوسع في ذكر البدائل المتاحة لإرضاع الصغير، ولعل سبب ذلك إلى أن ما لم يرد فيه نص قانوني يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة النعمان، فإن لم يوجد، حكم القضاء بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون كما أشارة المادة(325) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010م.

ويرى الباحث أن على القاضي أن يراعي هذه البدائل في حال عدم قدرة الأم على الرضاع، أو عدم قدرة الأب على استئجار المرضع، وخاصة في زماننا إذ خلى من المرضعات وأصبح البديل هو الحليب الصناعي، مع التحذير من البديل المحرم والمتمثل ببنوك الحليب الطبيعي والذي صدرت الفتوى من علمائنا المعاصرين بحرمته[135].

ثانيا:الحضانة والأحكام البدلية المتعلقة بها.

الحضانة لغة: مشتقة من الحضن؛ وهو وما دون الإبط إلى الكَشْح [136].

أما في الاصطلاح فالحضانة: هي القيام بحفظ من لا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه[137]. وقيل: صيانة العاجز والقيام بمصالحه[138].

وبما أنَّ الطفل عاجز عن رعاية نفسه بنفسه، فقد جاءت الأحكام البدلية لتقوم بالدور الوظيفي، والمتمثل بالولاية على الطفل، كحكم بدلي وظيفي، هدفها رعاية النشئ، وتربيتهم، والقيام بشؤونهم المختلفة.

وهذه الولاية نوعان: نوع يستقل به الأب؛ كالولاية على مال الصغير، ونكاحه. ونوع تقدم فيه الأم على الأب؛ كالولاية في حضانة الطفل، وتربيته؛ وذلك لتحقيق المعنى الوظيفي لهذه الأحكام البدلية[139].

والأصل في الحضانة أن تكون للأم لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو رضي الله عنهم، أن امرأة قالت: "يا رسول الله، ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه عني". فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **أنت أحقُّ به ما لم تنكحي**»[140]. فدل الحديث بمنطوقه على أنَّ الأصل في الحضانة أن تكون للأم، ما دام أنها قادرة على رعاية الصغير والقيام بشؤونه، مع توافر شروط الحضانة فيها

فإن لم تقدر الأم على حضانة صغيرها، لعدم توافر شروط الحضانة فيها، كزواجها من أجنبي عن الصغير، أو لعدم قدرتها لضعف، أو مرض، أو لكونها تعمل وليس لها وقت للتفرغ لشؤون الصغير، ففي هذه الحالات تنتقل الحضانة إلى غيرها ممن له حق حضانة الصغير، وقد جعل الشارع الحكيم الحضانة حقاً للنساء وقدمهنَّ على الرجال؛ رعاية للصغير، ولكونهنَّ الأليق، والأشفق، والأحنى على الصغير من الرجال[141].

وقد اختلف الفقهاء[142] في ترتيب من لهنَّ الحق في هذه الحضانة حال عدم قدرة الأم على الحضانة، ونحن سنسير في الترتيب وفق ما يراه قانون الأحوال الشخصية الأردني؛ لأنَّ الهدف رعاية الصغير وهذا الترتيب هو على الأغلب أمر اجتهادي هدفه تحقيق مصلحة الصغير، لكن الفقهاء متفقون على أنَّ حق الحضانة يكون للنساء المحارم أولاً، فإن فقدن انتقل إلى الرجال العصابات المحارم.

هذا وقد بينت المادة(170) من قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد أنَّ الأم أحق بالحضانة، فإن لم تقدر على حضانة طفلها انتقلت الحضانة إلى أمها، ثم إلى أم الأب، ثم للأب، فإن لم يوجد أحد منهم، فللمحكمة أن تسند الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية وبما يحقق مصلحة المحضون[143].

أما بالنسبة لأجرة الحضانة فتجب على المكلف بنفقة الصغير، إن كانت الحاضنة تجب لها أجرة على حضانتها.

والأصل في أجرة الحضانة أن تكون في مال الصغير إن كان ذا مال، فإن لم يكن له مال كانت واجبة على الأب لا يشاركه فيها أحد كبقية نفقات الصغير، فإن كان الأب غائبا وليس هنالك مال حاضر له أو كان الأب فقيراً انتقلت أجرة الحضانة إلى من تجب عليه من أقاربه الأغنياء، وللأم أن تنفق على صغيرها إن كانت موسرة ولها أن ترجع بها على الأب عند يساره[144].

المطلب السادس: الأحكام البدلية المتعلقة بنفقة الأقارب.

الأصل أنَّ نفقة كل إنسان على نفسه تكون من ماله الخاص، صغيراً كان أم كبيراً، ذكراً كان أم أنثى، لحديث:" «**ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيءٌ فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيءٌ فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيءٌ، فهكذا وهكذا**»"[145] ويستثنى من هذا الأصل الزوجة،

فتجب نفقتها على وزجها، ولو كانت موسرة؛ لقوله تعالى:" **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف**". [البقرة: 233]؛ فأوجب الله على المولود له وهو الأب نفقة الزوجة؛ ولأنَّ الزوجة يجب عليها أن تتفرغ لشؤون بيتها وزوجها، فوجبت نفقتها على زوجها مقابل هذا التفرغ[146].

هذا هو الأصل، فإن لم يقدر الشخص على الإنفاق على نفسه، انتقلت النفقة وأصبحت واجبة في حق من تجب عليه النفقة، وذلك وفق الترتيب الذي رتبه الشارع الحكيم، وهذه هي الأحكام البدلية؛ لأنَّه لا يصار إليها إلاَّ في حال عدم قدرة الشخص على الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته. وسنتحدث عن بعض الأحكام البدلية المتعلقة بالنفقات بشكل موجز وعلى النحو الآتي:

أولا: نفقة الأبناء والأحكام البدلية المتعلقة بها.

الأصل أنَّ نفقة الأبناء – صغاراً كانوا أم كباراً ذكوراً كانوا أم إناثاً– تجب في مالهم إن كانوا ذوي مال، فتجب عليهم نفقة المأكل، والمشرب، والملبس، والسكنى، ونفقة المعالجة، والتعليم، وغيرها من النفقات التي اعتبرها الفقهاء[147].

لكن إن كان الابن عاجزاً عن الإنفاق على نفسه؛ لصغره، ولا مال له، أو لكبره مع عدم قدرته على الكسب حقيقةً؛ لمرض، أو إعاقة، أو حكماً؛ لعدم تحصيل العمل، أو لكونه عاجزاً حكماً عن الكسب لأنوثته، أو لكونه طالب علم. ففي هذه الحالات تنتقل النفقة لتصبح واجبة على الأب لا يشاركه فيها أحد[148]. ودليل وجوبها على الأب قوله تعالى: **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا** [البقرة:233] ولحديث هند:" خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[149]؛ ولأنَّ الولد جزء منه والإنفاق عليه كالإنفاق على نفسه.

وتبقى النفقة على الأب إلى حين قدرة الابن على الكسب فعلاً، أو حكماً بأن يملك مالاً من هبةٍ أو ميراثٍ ينفق منه على نفسه. وكذلك البنت تبقى نفقتها على الأب إلى أن تتكسب فعلاً، أو تتزوج[150].

فإن كان الأب غير قادر على الإنفاق فعند الحنفية وابن الموَّاز من المالكية والحنابلة[151] على الأم أن تنفق عليهم إن كانت غنية بمال، أو كسب(وظيفة)، وترجع بما أنفقت على الأب حين يساره. فإن لم تكن الأم غنية كانت النفقة على أقارب الأبناء ممن تلزمه نفقتهم عند عدم الأب وتكون أيضا ديناً على الأب يرجع بها القريب على الأب إذا أيسر، مالم يكن الأب عاجزا عن الكسب عجزاً كلياً.

فإن كان كل من الأب والأم عاجزين عن الإنفاق، فيرى الحنفية أنَّ النفقة تكون على الأقرب بعد الوالدين من ذوي الرحم المحرم، فإن استويا في القرب، كانت على من وجد في حقه نوع رجحان، وإلا كانت على قدر الميراث.

وعليه، فإن عجز الوالدان عن النفقة على ولدهما، وكان هناك جد كانت النفقة على الجد، لا يشاركه في نفقة ابن ابنه أحد؛ لأنه يقوم مقام الأب عند عدمه[152].

أما المالكية فلا يلزم الرجل إلاَّ بنفقة زوجته، وأولاده، وأبويه، والأم لا تلزم بنفقة أبنائها، فإن عجز الأب عن النفقة على أولاده فلا تنتقل إلى الأم، ولا إلى غيرها من أقارب الأولاد؛ لأنَّ النفقة عندهم لا تكون إلا على الأب لأبنائه، وعلى الأبناء ذكوراً وإناثا لوالديهم[153].

أما الشافعية فالنفقة تكون على الوالدين، والأجداد وإن علوا، لأبنائهم وإن نزلوا، ففي حال عجز الوالدين تكون على الأقرب؛ وهم الأجداد، ولا تجب على أحد من أقارب الأولاد بعد ذلك[154].

أما الحنابلة: فالنفقة عندهم تجب على كل وارث، وعلى الوارث دون المحجوب، إلا أن يكون الوارث معسراً، فتجب على المحجوب، وعليه إذا كان الأب معسراً والجد موسراً فالنفقة على الجد مع أنه محجوب بالأب، وكذلك الأم إذا كانت معسرة وهناك جدة موسرة فالنفق على الجدة وهكذا[155].

فهذه الأحكام هي بمثابة أحكام بدلية ذكرها الفقهاء وهي تمثل الدور العلاجي؛ والمتمثل بإنفاق الأب على أبنائه حال عدم قدرتهم على الإنفاق على أنفسهم حقيقة لعدم القدرة على الكسب لصغر أو مرض، أو حكماً كما هو الحال في الأنثى إذ يعد الفقهاء الأنوثة عجزاً حكمياً حيث لا تستطيع المرأة العمل مع الرجال شرعا.

وكل ذلك تحقيقاً لمصلحة هؤلاء العاجزين عن الإنفاق على أنفسهم حقيقةً أو حكماً، ومحافظة على المجتمع في دائرة الأسرة من الخلل والتفكك والتشرذم.

فإن لم يكن لهؤلاء الأبناء أقارب ينفقون عليهم بأن كانوا فقراء لا مال لهم، ولا كسب، أو كانوا يتامى، ولا مال لهم، ففي هذه الحالة– يرى الباحث– أن تنتقل نفقتهم على الدولة،[156] وتؤمن حوائجهم من خلال صندوق الزكاة، أو مؤسسات الدولة، والمؤسسات الخيرية التي تعنى برعاية الأيتام، والأسر الفقيرة.

هذا، وقد بيَّن قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد في المادة(187) أنَّ نفقة الولد من ماله، فإن لم يكن له مال فتكون نفقته على أبيه لا يشاركه فيها أحد مالم يكن الأب فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب لآفة بدنية، أو عقلية[157].

كما بيَّنت المادة (188) أنَّ الأب إن كان غائبا وتعذر تحصيل النفقة منه أو كان فقيرا غير قادر على الكسب أو لا يجد كسبا فإن نفقة الولد تجب على من تجب عليه النفقة عند

عدم الأب، وتكون هذه النفقة دينا في ذمة الأب يرجع بها على الأب عند يساره[158].

كما بيَّنت المادة(193) أنَّ الأب إذا كان معسراً لا يقدر على نفقات العلاج أو نفقات التعليم، وكانت الأم موسرة لزم الأم القيام بهذه النفقات وتكون دينا على الأب ترجع بها عليه حين اليسار، وكذلك إذا كان الأب غائبا وتعذر تحصيل هذه النفقات[159].

كما بيَّنت المادة(194) حال عجز الوالدين عن النفقة على أبنائهم حيث جاء فيها:" إذا كان الأب والأم معسرين فعلى من تجب عليه النفقة عند عدم الأب نفقة المعالجة، والتعليم على أن تكون دينا على الأب يرجع المنفق بها عليه حين اليسار".

مما تقدم يتبيَّن لنا أنَّ ما ذكره قانون الأحوال الشخصية من أحكام موجبة للنفقات على من سبق ذكرهم إنَّما هي بمثابة أحكام بدلية، تمثل الدور العلاجي لمشكلة الفقر، والبطالة (عدم الكسب) سواء على الصعيد الفردي، أو على الصعيد الأسري، وفي ذلك تعزيز للدور الوظيفي الذي يلعبه المجتمع الإسلامي لمعالجة هذه المشكلة والتي تقوم بها الأحكام البدلية وفق منظور شرعنا الحنيف.

ثانيا: نفقة الوالدين والأحكام البدلية المتعلقة بها

الأصل أنَّ تكون نفقة الأب من ماله، وكذلك الأم، لكن إن كان الأب (الزوج) موجوداً فتجب نفقة الزوجة(الأم) على الزوج ابتداءً، ولو كانت ذات مال.

لكن إذا كان الأب والأم فقيرين، وليس للأب كسب يغطي حوائجهما الأساسية منه، وجبت النفقة على ولده الموسر، ذكرا كان أم أنثى؛ لقوله تعالى: **(وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً)** [الإسراء: ٢٣] ومن الإحسان إليهما الإنفاق عليهما، وتغطية حوائجهما إذا احتاجا لذلك[160]. ولحديث:" «أنت ومالك لوالدك، وإنَّ أولادكم من أطيب كسبكم، فكلوا من كسب أولادكم»"[161].

كما تجب على الولد الموسر نفقة والديه مسلمين كانا أو غير مسلمين لقوله تعالى: **(وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً)** [لقمان: ١٥] وليس من المعروف التنكر لهما عند فقرهما، وحاجتهما لمن ينفق عليهما[162].

ويشترط لانتقال النفقة على الأبناء كحكم بدلي:

1- أن يكون الابن موسراً بماله أو بكسبه

2- أن يكون (الوالدان) فقيرين لا مال لهما.

3- وهل يشترط في الوالدين عدم القدرة على الكسب لانتقال النفقة ووجوبها على الأبناء؟ قولان عند الفقهاء

القول الأول: يرى أنَّ النفقة للوالدين تجب ولو كانا قادرين على الكسب. وهذا قول الحنفية، والحنابلة، والقول المعتمد عند الشافعية[163]

وحجتهم: أن الوالدين بالتكسب يلحقهما التعب والمشقة، والولد مأمور بدفع الضرر عنهما.

القول الثاني: إذا كان الوالدان قادرين على الكسب لم تجب نفقتهما على أبنائهم. وهذا قول المالكية، وقول مرجوح عند الشافعية[164].

وحجتهم: أن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال، وبالتالي فلا تجب النفقة على الولد مع قدرة الوالدين على الكسب.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد في المادة(197) فقره(أ) بأنَّ على الابن نفقة والديه الفقيرين ولوكانا قادرين على الكسب[165].

أما إذا كان الابن قادراً على الكسب، لكنَّ كسبه لا يغطي حوائجه، وحوائج زوجته، وأولاده، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء في هذه المسألة:

فيرى الحنفية أن يضم الولد والديه إليه مع عائلته –كحكم بدلي– حتى لا يضيع الوالدين، ولأن إدخالهما على الجماعة لا يخل بطعامهم[166].

وعند المالكية قولان: أحدهما: نفقة الأبناء مقدمة على نفقة الوالدين؛ لأنها آكد من نفقة الوالدين. والثاني: يتحاصان في النفقة[167].

أما الشافعية فقالوا: إن كان الابن صغيراً قدم على غيره، وإن كان كبيراً فأوجه ثلاثة: الأول:الابن أحق؛ لأن نفقته ثبتت بالنص. الثاني: يقدم أحد الوالدين؛ لأنَّ حرمتهما آكد. الثالث: يستويان في النفقة. وقد اختار القفال الشاشي الاستواء؛ أي ضم الوالدين إلى الابن لينفق عليهما مع زوجته وأولاده[168].

أما الحنابلة فعندهم قولان: أحدهما تقديم الابن على الأب؛ لأنه الأقرب. والثاني: التسوية بينهم؛ لاستوائهم في الإرث، والولادة[169].

ويرى الباحث أن يضم كلا الوالدين أو أحدهما إلى الأسرة، كما هو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية، وقول عند المالكية، والشافعية، والحنابلة.

هذا وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد برأي الحفية حيث جاء في المادة(197) فقره(ب) ما يلي:" إذا كان الولد فقيراً لكنه قادر على الكسب يلزم بنفقة والديه الفقيرين، وإذا كان كسبه لا يزيد على حاجته وحاجة زوجته وأولاده فيلزم بضم والديه إليه وإطعامهما مع عائلته".

فإن لم يقدر على ذلك لمرض أو ضيق ذات اليد انتقلت النفقة إلى الأقرب فالأقرب ممن يرث الوالدين، فإن لم يكن هنالك أقارب قادرين على النفقة انتقلت نفقة الوالدين – فيما

أرى- إلى الدولة وينفق عليهما من خلال صندوق الزكاة أو المؤسسات الاجتماعية التي تعنى بذلك في زماننا[170].

مما تقدم يتبين لنا أنَّ هذه الأحكام هي بمثابة أحكام بدلية تنهض بالدور العلاجي والوظيفي المتمثل برعاية الفقراء بالمجتمع الإسلامي سواء على الصعيد الأسري أم على الصعيد المجتمعي بما يحقق لهم العيش الكريم ويسد خلتهم من خلال دوائر النفقات البدلية التي جاء بها شرعنا الحنيف.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الخاتمة

في ختام هذا البحث نحمد الله تعالى ونثني عليه بما هو أهله، ونصلي ونسلم على خاتم أنبيائه ورسله سيدنا ونبيِّنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه أجمعين، ومن سار على نهجهم واقتفى أثرهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد.

فقد توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أما النتائج فمن أهمها:

1- الأحكام البدلية هي خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين حال عدم القدرة على القيام بالأحكام الشرعية الأصلية حكماً أو حقيقةً.

2- هنالك أقسام مختلفة للأحكام البدلية لا بد من مراعاتها عند تطبيق الأحكام البدلية في مسائل الأحوال الشخصية

3- يمكن إجراء عقد النكاح من خلال وسائل الاتصال الحديثة كبديل عن التعاقد المباشر لكن وفق ضوابط تم بيانها في البحث

4- للأحكام البدلية دور مجتمعي وظيفي في مسائل الأحوال الشخصية يتمثل برعاية غير القادرين على القيام بما يحقق مصلحتهم من خلال من يقوم مقامهم في حال عدم القدرة على الأحكام الشرعية الأصلية

5- للأحكام البدلية دور علاجي يتمثل بنقل المكلف أو الشخص إلى أحكام بدلية تقوم مقام الأحكام الشرعية الأصلية والتي هي مراد الشارع من المكلف ابتداءً.

6- ذكر قانون الأحوال الشخصية الأردني أحكام بدلية كثيرة في مواده القانونية وإن لم يسمها بهذا المسمى وقد تم توضيحها من خلال البحث.

أما التوصيات فمن أهمها:

1- يوصي الباحث بدراسة الأحكام البدلية في مسائل الأحوال الشخصية بتوسع وشمول؛لأن هذه الدراسة تمثل أنموذجا، وإضاءة موجزة على هذا الموضوع.

توصي الدراسة بأن يكون هناك قاعة خاصة في المحاكم الشرعية لتطبيق الأحكام البدلية فيما يتعلق بإجراء عقود الزواج وانحلالها من خلال وسائل الاتصال الحديثة ووفق التصور الذي بينته **الدراسة**.

الهوامش

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، ص91. ابن منظور، لسان العرب، ج12، ص140.

(2) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه،، ج1 ص157. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج1، ص46. الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، ص95. الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، ص37 وما بعدها.

(3) ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص48. الفيومي، المصباح المنير، ج1، ص223.

(4) السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص181.

(5) الرازي، المحصول في علم الأصول، ج2، ص116.

(6) منلا خسرو، درر الحكام، ج2، ص389. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5، ص499.

(7) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، ص591. ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص318.

(8) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص790.

(9) النفراوي، الفواكه الدواني، ج1، ص59.

(10) الأبي، شرح الآبي والسنوسي على صحيح مسلم، ج9، ص28.

(11) الشربيني، مغني المحتاج، ج1، ص154.

(12) البعلي، المطلع على أبواب المقنع، ص103.

(13) البخاري، صحيح البخاري، ج3، ص1039، حديث رقم (2668). مسلم، صحيح مسلم، ج4، ص2079، حديث رقم (2706).

(14) العدم والملكة ليسا متضادين، ولا متضايفين. لأنَّ المتضادين لا واسطة بينهما، فحكمهما أحد الحكمين؛ كالأبيض، والأسود. والمتضايفين: كالأبوة، والبنوة، متلازمان وجوداً وعدماً، مع أنَّ أحدهما ليس بعلة في الآخر.

أما العدم والملكة فهما تقابل بين أمرين أحدهما: وجودي، والآخر عدمي، والطرف العدمي هو سلب للطرف الوجودي عن المحل الذي من شأنه أن يتصف به؛ كالعمى، والبصر؛ فالبصر هو ملكة (أمر وجودي) والعمى: هو العدم (وهو الطرف العدمي وهو سلب للطرف الوجودي الذي هو ملكة البصر عن المحل الذي من شأنه الاتصاف به؛ كالإنسان، والحيوانات. ولذا فالحجر لا يتصف بالعمى؛ لأنه ليس له

ملكة الإبصار. انظر: العطار، حاشية العطار على جمع الجوامع، ج2، ص525. ابن سينا، المنطق، ص144. الزركشي، البحر المحيط، ج7، ص311.

(15) انظر: المغايره، نظرية العجز في الفقه الإسلامي، ص13.

(16) ابن منظور، لسان العرب، ج4، ص545. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، ص596.

(17) قلعه جي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، ص307.

(18) ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص42.

(19) زكريا الأنصاري، الحدود الأنيقة، ص70.

(20) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، ص88.

(21) ابن مفلح، المبدع، ج2، ص99. البعلي، المطلع على أبواب المقنع، ج1، ص112.

(22) البخاري، كشف الأسرار، ج2، ص269.

(23) المرجع السابق.

(24) التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج4، ص124.

(25) الكاساني، بدائع الصنائع، ج11، ص52.

(26) عبدالعزيز البخاري، كشف الأسرار، ج2، ص269.

(27) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص415. شمس الدين أبي الفرج، الشرح الكبير، ج9، ص109 وما بعدها. شرح منتهى الإرادات، ج10، ص130. البهوتي، كشاف القناع، ج19، ص158.

(28) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص225. السرخسي، المبسوط، ج8، ص328.

(29) السرخسي، المبسوط، ج16، ص58.

(30) ابن قدامة، المغني، ج23، ص283 وما بعدها. شمس الدين أبي الفرج، الشرح الكبير، ج11، ص431.

(31) الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، ص178.

(32) ابن قدامة، المغني، ج22، ص246.

(33) السرخسي، المبسوط، ج33، ص311. النووي، المجموع، ج2، ص310.البهوتي، كشاف القناع، ج23، ص122. ابن قدامة المغني، ج23، ص252. الزركشي، المنثور في الفقه، ج1، ص177.

(34) الزركشي، المنثور في الفقه، ج1، ص177. البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص148.

(35) المرجع السابق، ج1، ص178.

(36) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص415. الشربيني، مغني المحتاج، ج14، ص259. البهوتي، كشاف القناع، ج19، ص158.

(37) الزركشي، المنثور في الفقه، ج1، ص179.

(38) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج11، ص117.

(39) المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص74. ابن قدامة، الشرح الكبير، ج5، ص437.

(40) السرخسي، المبسوط، ج16، ص58.

(41) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص322.

(42) ابن قدامة، الشرح الكبير، ج11، ص431. ابن قدامة، المغني، ج23، ص283 وما بعدها.

(43) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج3، ص153. العدوي، حاشية العدوي، ج2، ص219 وما بعدها. الهيتمي، فتح الجواد، ج2، ص86.المرداوي الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج8، ص296.

(44) أبوفارس، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص36، ص38. دائرة قاضي القضاة، قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم(36) لسنة2010م، نشر في الجريدة الرسمية في العدد رقم (5061) بتاريخ10/17/ 2010م.

(45) البغدادي، مجمع الضمانات، ص342. سماوه، جامع الفصولين، ج1، ص265. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج9، ص40 وما بعدها.

(46) ابن ماجة، سنن ابن ماجة، باب من وهب هبة رجاء ثوابها، ج2، ص798، حديث رقم (2387). الدار قطني، سنن الدار قطني، ج3، ص460، حديث رقم (2970). الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص58، قال الألباني: حديث ضعيف.

(47) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص130. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج9، ص40 وما بعدها.

(48) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج9، ص40 وما بعدها.

(49) الخرشي، حاشية الخرشي، ج3، ص281. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص362.ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، ج4، ص112 وما بعدها. الرحيباني، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، ج4، ص383.

(50) البخاري، صحيح البخاري، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، ج3، ص158، حديث رقم (2589). مسلم، صحيح مسلم، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد ج3، ص1241 حديث رقم (1622).

(51) مالك بن انس، الموطأ، القضاء في الهبة، ج4، 1091، حديث رقم (12028). البيهقي، السنن الكبرى، باب المكافأة في الهبة، ج6، ص301، حديث رقم (12028). الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص55. قال الألباني: صحيح موقوف.

(52) ابن قدامة، المغني، ج5، ص397 وما بعدها.

(53) أبو داود، سنن أبي داود، باب الرجوع في الهبة، ج3، ص291، حديث رقم (3539). الترمذي، سنن الترمذي، ج4، ص442، حديث رقم (2132). قال الترمذي: حديث حسن صحيح. الألباني، صحيح الجامع الصغير، ج2، ص1267). قال الألباني: صحيح.

(54) البخاري، صحيح البخاري، باب لا يحل لحد أن يرجع في صدقته وهبته، ج3، ص164، حديث رقم (2622).

(55) ابن ماجة، سنن ابن ماجة، باب من وهب هبة رجاء ثوابها،،ج2، ص798، حديث رقم (2387). الدار قطني، سنن الدار قطني، ج3، ص460، حديث رقم(2970).الألباني، إرواء الغليل،ج6، ص58، قال الألباني: حديث ضعيف.

(56) عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه، ج3،

ص982 وما بعدها. محمد الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ص216 وما بعدها.

(57) أبوفارس، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص42.

(58) المرجع السابق، ص43 وما بعدها.

(59) لا يرى الشافعية صحة عقد النكاح بألفاظ الكناية، لأن القرآن إنما جاء بلفظ التزويج أو الإنكاح فوجب الوقوف عندهما تعبدا واحتياطا. أنظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص227.

(60) ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص90. الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص232. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص4، ص5. الصاوي، حاشية الصاوي، ج2، ص350. الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص211، ص212. المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج8، ص49.البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص39.

(61) ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص90. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص4، ص5. الصاوي، حاشية الصاوي، ج2، ص350. الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص211، ص212. البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص39.

(62) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص351.

(63) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص230. الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ج6، ص212. البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج3، ص333.

(64) ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص544. الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص212. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص632. الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج5، ص50.

(65) أنس بن مالك، المدونة الكبرى، ج2، ص78 وما بعدها. العبدري، التاج والإكليل، ج5، ص333. الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص212.

(66) اتفق الفقهاء على اشتراط وحدة مجلس العقد سواء أكان من حاضرين أو من غائبين. وبين الحنفية أن مجلس التعاقد من الغائبين هو مجلس القبول، ولا يشترط علم الموجب بقبول الآخر. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص232. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص12. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص221. الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص209. البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص37.

(67) الفيس بوك، والتوتير: عبارة عن برامج للمحادثة الفورية عبر الإنترنت يمكن من خلالها الحديث ومشاهدة الطرف الآخر عند التعاقد، وهي الوسع انتشاراً في الوقت الحاضر.

(68) الإبراهيم، إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، ص113. أبو العنين، الزواج والطلاق في الإسلام، ص41، الزحيلي، حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد6، ص888 وما بعدها.

(69) مجمع الفقه الإسلامي، قرارات وتوصيات المجمع، (1:10) القرارات97/1، تنسيق عبد الستار أبو غدة، ط2، 1388هـ-1988م. فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء، المملكة العربية السعودية، إعداد: محمد عبد العزيز (121/2).

(70) مجمع الفقه الإسلامي، قرارات وتوصيات المجمع، (1:10) القرارات97/1، تنسيق عبد الستار أبو غدة، ط2، 1388هـ-1988م

(71) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص229. ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص90. المرداوي، الإنصاف، ج8، ص49.

(72) ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص90

(73) الحطاب، مواهب الجليل، ج3، ص419. النووي، روضة الطالبين، ج7، ص37 وما بعدها.الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص227. المرداوي، الإنصاف، ج8، ص49.

(74) محمد عبد القادر أبو فارس، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص42.

(75) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص229 وما بعدها. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص5. النووي، روضة الطالبين، ج7، ص36. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص20.

(76) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص229 وما بعدها.

(77) ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص117. الجرجاني، التعريفات، ص329.

(78) مسألة استراط الولي في النكاح مسألة اختلف فيها الفقهاء على قولين: فجمهور الفقهاء اشترطوا الولي في النكاح، وترتب على ذلك أنَّ النكاح لا ينعقد بعبارة النساء. والذين رأوا أنَّ الولاية في نكاح المرأة البالغة العاقلة هي ولاية ندب واستحباب وهم الحنفية قالوا: يجوز للمرأة أن تعقد النكاح بعبارتها. انظر: السرخسي، المبسوط، ج5، ص10. الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص247. مالك بن انس، المدونة، ج2، ص105. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص9 وما بعدها. الشافعي، أحكام القرآن، ص175. الشافعي، الأم، ج7، ص165. ابن قدامة، المغني، ج3، ص337.

(79) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج2، ص315. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص127. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص13. الشيرازي، المهذب، ج2، ص37. بن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، ج7، ص428.ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج6، ص106 وما بعدها.

(80) ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص135. الشيرازي، المهذب، ج2، ص37. بن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، ج7، ص428

(81) أبوفارس، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص93 وما بعدها. السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، ص95.

(82) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص375. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص153. الرحيباني، مطالب أولي النهى،

ج5، ص66.

(83) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص79. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص232. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص153. المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج8، ص57.

(84) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص232. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص153. الرملي، غاية البيان، ص250. المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج8، ص57

(85) محمد عبد القادر أبو فارس، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص97 وما بعدها

(86) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص16. الحطاب مواهب الجليل، ج4، ص182. المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج18، ص235.ابن قدامة، المغني، ج8، ص195.

(87) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4، ص181. ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص197. الحطاب، مواهب الجليل، ج3، ص505. النووي، المجموع، ج18، ص271. الرملي، نهاية المحتاج، ج7، ص215. ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج7، ص162 وما بعدها.

(88) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص745. الشيرازي، المهذب، ج3، ص154. الرملي، فتاوى الرملي، ج3، ص377. ابن قدامة، الشرح الكبير، ج9، ص263.المرداوي، الإنصاف، ج9، ص383.

(89) ابن حجر الهيتمي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، ج2، ص42.

(90) البخاري، صحيح البخاري، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، ج7، ص63، حديث رقم (5355).

(91) ابن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث ولآثار، ج4، ص149.

(92) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص590. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص442. ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج4، ص303. ابن حزم، المحلى بالآثار، ج9، ص353.

(93) مسلم، صحيح مسلم،باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية، ج2، ص1104، حديث رقم (1478)

(94) أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص230.

(95) ابن منظور، لسان العرب، ج14، ص41.

(96) مالك بن أنس، المدونة، ج2، ص336. الحصني، كفاية الأخيار، ج2، ص110. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3،ص155.

(97) مالك بن أنس، المدونة، ج2، ص337.

(98) السرخسي، المبسوط، ج7، ص28. مالك بن أنس، المدونة، ج2، ص347. الشافعي، الأم،ج5، ص289. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3،ص162 وما بعدها.

(99) مالك بن أنس، المدونة، ج2، ص347.

(100) أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص353.

(101) الحطاب مواهب الجليل، ج4،ص111. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص165 وما بعدها.

(102) السرخسي، المبسوط، ج6، ص225،ص234. أنس بن مالك، المدونة، ج2، ص319. الشافعي، الأم، ج5، ص302. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص170. ابن قدامة، المغني، ج8، ص22.

(103) السرخسي، المبسوط، ج7، ص12. النووي، المجموع، ج17، ص377

(104) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج2، ص319. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص48. النووي، المجموع، ج17، ص377. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص171.

(105) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص103. ابن قدامة، المغني، ج8، ص35.

(106) مالك بن أنس، المدونة، ج2، ص324. الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج4، ص120.

(107) أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص358.

(108) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص334. الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص15 وما بعدها. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص343 وما بعدها. الشافعي، الأم، ج5، ص120، ص208. النووي، المجموع، ج16، ص447. ابن قدامة، المغني، ج7، ص314. المرداوي، الإنصاف، ج8، ص377.

(109) أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص368.

(110) أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص 368 وما بعدها.

(111) ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص252 بتصرف. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص 226 – 227،وزارة الأوقاف الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج29، ص5.

(112) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3،ص106. ابن نجيم، البحر الرائق، ج3، ص322.النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص34. الشيرازي، المهذب، ج3، ص10.البهوتي، كشاف القناع،ج5، ص251.

(113) السرخسي، المبسوط، ج6، ص144. السغدي، النتف في الفتاوى، ج1، ص358. الشيرازي، المهذب، ج3، ص13، النووي، المجموع، ج17، ص118، الماوردي، الحاوي الكبير، ج10، ص171. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص120. ابن قدامة، المغني، ج7، ص485.

(114) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، 384. الصاوي، حاشية الصاوي، ج2، ص568. الخرشي، ج4، ص49. الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص384.

(115) بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج5، ص302. مالك بن أنس، المدونة، ج2، ص79. الشافعي، الأم، ج5، ص262. ابن قدامة، المغني، ج7، ص486.

(116) السرخسي، المبسوط، ج2، ص143. الغزالي، الوسيط في المذهب، ج5، ص378.
(117) السغدي، النتف في الفتاوى، ج1، ص358. الشيرازي، المهذب، ج3، ص13، النووي، المجموع، ج17، ص118،
(118) الشيرازي، المهذب، ج3، ص13.
(119) الماوردي، الحاوي الكبير، ج10، ص171. الغزالي، الوسيط في المذهب، ج5، ص378. النووي، المجموع، ج17،ص118. ابن جزم، المحلى بالآثار، ج9، ص454.
(120) أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص 266.
(121) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص399. السرخسي، المبسوط، ج6، 19 وما بعدها. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص161. الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص181، ص183.
(122) مالك بن أنس، المدونة، ج2، ص232. الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص606.
(123) الشافعي، الأم، ج5، ص260. الرملي، نهاية المحتاج، ج7، ص54. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص336.
(124) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص149. ابن قدامة، المغني، ج7، ص523، ص527.
(125) أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص 287، ص303.
(126) قلعة جي، معجم لغة الفقهاء، ص223.
(127) المرغيناني، الهداية في شرح البداية، ج2، ص291. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص619. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج2، ص304. القرطبي، تفسير القرطبي، ج3، ص161
(128) القرطبي، تفسير القرطبي، ج3، ص161. الزيلعي، تبين الحقائق، ج2، ص182.
(129) ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص219. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص368. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص618. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج2، ص294،ص304. الشيرازي، المهذب، ج2، ص179. ابن قدامة، المغني، ج8، ص199.
(130) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص40. الخرشي، حاشية الخرشي، ج4، ص206.
(131) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص128. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6، ص35. الخرشي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج7، ص13. ج4، ص206.
(132) نقصد بالدور الوظيفي: قيام القادرين من خلال الولاية والوصاية وغيرها برعاية العاجزين عن القيام بشؤونهم ومصالحهم. انظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص94.
(133) محمد أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص 453.
(134) محمد أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص 453.
(135) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجده، قرار رقم(6) العدد(2)، ربيع الثاني1406هـ، ديسمبر،1985م. وانظر أيضا: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص107.
(136) الكَشْحُ: هو مَا بَيْنَ الْخَاصِرَةِ إِلى الضِّلَعِ الخَلف، وَهُوَ مِنْ لَدُن السُّرَّةِ إِلى المَتْن. انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص571. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص238.
(137) النووي، روضة الطالبين، ج9، ص98.
(138) محمد عليش، منح الجليل، ج4، ص420.
(139) السرخسي، المبسوط، ج5، ص207. ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج3، ص332.
(140) أبي داود، سنن أبي داود، باب من أحق بالولد، ج6، ص198، حديث رقم (1938). الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، ج6، ص449، حديث رقم (2781). قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. الألباني، السلسلة الصحيحة، ج1، ص367، حديث رقم (368) قال الألباني: حديث حسن
(141) ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص180 وما بعدها. الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص41.أنس بن مالك، المدونة، ج2، ص258. الشيرازي، المهذب، ج3، ص165. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص244.
(142) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص41. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص314 وما بعدها. الصاوي، حاشية الصاوي، ج2، ص755. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص526.ابن قدامة، المغني، ج8، ص247. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص204 وما بعدها
(143) محمد أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص 460 وما بعدها.
(144) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص562. ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص181. الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص221. الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص191. البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص485.
(145) مسلم، صحيح مسلم، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، ج2، ص692، حديث رقم (997).
(146) الزيلعي، تبين الحقائق، ج3، ص51.السرخسي، المبسوط، ج5، ص285. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص67. الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص151. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص643.
(147) الزيلعي، تبين الحقائق، ج3، ص62. الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص211. الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص151. ابن قدامة، المغني، ج8، ص195.
(148) الزيلعي، تبين الحقائق، ج3، ص62. السرخسي، المبسوط، ج5، ص222. الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص211. الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص269. الماوردي، الحاوي الكبير، ج11، ص477. ابن قدامة، المغني، ج8، ص195.
(149) البخاري، صحيح البخاري، باب القضاء على الغائب، ج9،

ص71. حديث رقم (7180).

(150) السرخسي، المبسوط، ج5، ص158. الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص210. الماوردي، الحاوي الكبير، ج11، ص483. ابن قدامة، المغني، ج8، ص215.

(151) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج4، ص12. السرخسي، المبسوط، ج5، ص223.النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص70.العدوي حاشية العدوي، ج2، ص135. ابن قدامة، المغني، ج8، ص212.
لا تجب نفقة الصغير على الأم عند المالكية، وعند الشافعية إن عجز الأب عن النفقة وجبت على الجد ثم آباؤه وإن علوا دون الأم، ثم إن عدموا أو أعسروا انتقل وجوبها على الأم، وإن أنفقت لترجع على الأب عند يساره وجب أن تشهد على ذلك، أو أن يكون ذلك بعلم القاضي. انظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص70.العدوي حاشية العدوي، ج2، ص135. الماوردي، الحاوي الكبير، ج11، ص479. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص445.

(152) السرخسي، المبسوط، ج5، ص410. الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، 32 وما بعدها.

(153) النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص70.

(154) النووي، روضة الطالبين، ج9، ص83. محمد نجيب المطعي، تكملة المجموع، ج18، ص291 وما بعدها.

(155) ابن قدامة، المغني، ج9، ص258.

(156) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج4، ص12

(157) محمد أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص493.

(158) محمد أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص494

(159) محمد أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص501

(160) السرخسي، المبسوط، ح5، ص222. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص68. ابن قدامة، المغني، ج8، ص212.

(161) أبو داود، سنن أبي داود، باب في الرجل يأكل من مال ولده، ج3، ص289، حديث رقم (3530). الألباني، صحيح الجامع الصغير، ج1، ص311، قال الألباني: حديث صحيح.

(162) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج4، ص11. السرخسي، المبسوط، ج5، ص226. الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص522. الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص183. خالف في ذلك الحنابلة فقالوا: لا نفقة مع اختلاف الدين ولو من عمودي النسب. انظر:الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص647.

(163) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج4، ص11. تقي الدين الحصني، كفاية الخيار، ج1، ص438. ابن قدامة، المغني، ج8، ص215.

(164) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص508. الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص185الحصني، كفاية الخيار، ج1، ص438.

(165) محمد أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، ص501

(166) السرخسي، المبسوط، ج5، ص401. الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص36.

(167) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص523.

(168) النووي، روضة الطالبين، ج9، ص95.

(169) ابن قدامة، المغني، ج8، ص221.

(170) هذا رأي الحنفية: انظر:السرخسي، المبسوط، ج5، ص222. لكن المالكية والشافعية والحنابلة قالوا يقدم نفقة زوجته، ثم نفقة الأولاد ثم نفقة الأم على الأب. انظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص7. الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص190.الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج5، ص646.

المصادر والمراجع

الآمدي، أبو الحسن، علي بن محمد، (ت631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: سيد الجميلي، 1404هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1.

ابن أمير الحاج، محمد بن محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر،(ت:879هـ) التقرير والتحبير، تحقيق: مكتبة البحوث والدراسات، 1996م، دار الفكر، بيروت، ط1.

الإبراهيم، محمد عقلة، 1986م، إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، دار الضياء، ط1، عمان، الأردن.

البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، (ت:256هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، 1407هـ-1987م، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت ط3.

البخاري،علاء الدين عبد العزيز بن أحمد،(ت:730هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ1997م.

بدران، أبو العنين، 1970، الزواج والطلاق في الإسلام فقه مقارن بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية.

البعلي،أبو عبدالله محمد بن أبي الفتح، (ت:709هـ)، المطلع على أبواب المقنع، تحقيق:محمد بشير الأدلبي، 1404هـ-1981م، المكتب الإسلامي، بيروت.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس،(ت:1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ-1983م.

البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي،(ت:458هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، 1414هـ-1994م، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة.

التفتازاني،سعد الدين مسعود بن عمر، (ت:792هـ)، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، دار العهد الجديدة.

الحطاب، أبو عبدالله محمد بن عبد الرحمن المغربي، (ت:954هـ)،

مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر ، بيروت، ط2، 1398هـ.
الدردير، أبو البركات، سيدي أحمد بن محمد بن أحمد، (ت: 1201هـ)، الشرح الكبير، ومعه حاشية الدسوقي، لمحمد بن عرفة الدسوقي، تحقيق:محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان.
الدريني، فتحي الدريني، 1998م، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2.
الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر، (ت:794هـ)، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ-1985م.
الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، (ت:743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،دار الكتاب الإسلامي،القاهرة-مصر،ط3، 1313هـ.
السرخسي، محمد بن احمد بن أبي سهل، (ت:490هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1406هـ.
السرخسي، أبو بكر محمد بن احمد بن أبي سهل، (ت:490هـ)، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، 1372هـ، دار المعرفة، بيروت-لبنان.
الشافعي، أبو عبدالله محمد بن احمد بن إدريس، (ت:204هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط2 ،1393هـ.
الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب،(ت:997هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت، 1415هـ.
الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد، (ت:997هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،دار الفكر،بيروت-لبنان،1398هـ-1978م.
الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف،(ت:476هـ)، المهذب، دار الفكر، بيروت.
ابن عابدين، محمد أمين، (ت:1252هـ)، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المسماه: "حاشية ابن عابدين"،دار الفكر بيروت،ط2، 1386هـ-1966م.
العطار، حسن بن محمد بن محمود، (ت:1250هـ)، حاشية العطار على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
أبو فارس، محمد عبد القادر، 2010م ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، مكتبة الجامعة الأردنية، بلا طبعة، عمان، الأردن.
ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج عبدالرحمن بن محمد بن أحمد، (ت:682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي.
ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، (ت:620هـ)، المغني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ.
ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد،(ت:620هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت ط1، 1414هـ -1994م.
قلعه جي، محمد رواس،حامد صادق قنيبي، 1408هـ-1988م، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط2.
ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، بن أيوب الدمشقي، (ت:751هـ)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، 1973م ، دار الجيل، بيروت.
الكاساني، علاء الدين أبو بكر مسعود بن احمد، (ت:587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي ، بيروت، ط2، 1982م.
مالك بن أنس، (ت:179هـ)، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت.
مجمع الفقه الإسلامي، قرارات وتوصيات المجمع، (1:10) القرارات97/1، تنسيق عبد الستار أبو غدة، 1388هـ-1988م ، دار القلم، دمشق، ط2
المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان،(ت:885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1377هـ- 1957م.
مسلم، أبو الحسين، مسلم بن الحجاج النيسابوري، (ت:261هـ)، صحيح مسلم،تحقيق:محمد فؤاد عبد الباقي،دار إحياء التراث العربي،بيروت.
ابن منظور، أبو الفضل، جمال الدين محمد بن مكرم،(ت:711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت.
ابن نجيم، زين الدين إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، (ت:970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت- لبنان.
النفراوي،أحمد بن غنمي بن سالم المالكي، (ت:1125هـ)، الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت،1415هـ.
النووي، محيي الدين يحيى بن شرف، (ت:676هـ)، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمود مطرحي، 1417هـ -1996م ، دار الفكر، بيروت، ط1.
ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، (ت:681هـ)، شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1397هـ-1977م.

Alternative Rules in Matters Related to Personal Status In Comparison with the New Jordanian Personal Status Law

*Nabeel Mohammad Karim Maghaiyreh **

ABSTRACT

This research investigates the subject of alternative rules in matters related to personal status in comparison with the new Jordanian personal status law as a pattern. It aims at explaining the meaning of alternative rules, their various kinds, and applications in the Jurisprudence of personal status. It also shows the extent to which the new Jordanian law considered such rules. The study also presents the preventive, curative and functional roles played by such rules in matters of personal status.

The study has found that there are many applications for the alternative rules in matters of personal status. It has also shown the role played by the alternative rules in the new Jordanian personal status law.

The study has recommended a set of recommendations: it is very important for judges to consider the alternative rules and their applications in judicial proceedings. This should be done in the light of the purposes of Islam, and which party deserves applying the alternative rules, and the preventive, curative and functional roles played by such rules in matters of personal status.

Keywords: Alternative Rules, Personal Status, Jordanian Personal Status Law.

* Faculty of Shari'a, The University of Jordan. Received on 25/10/2011 and Accepted for Publication on 27/1/2013.